

Ref. ACCO: OB 56/2021- Contratación menor
(SG/AC)

Contratación menor: riesgos para la competencia y propuestas de mejora

I. Antecedentes

En fecha 14 de octubre de 2020, el Pleno de la *Sindicatura de Comptes de Catalunya* aprobó el informe¹ de fiscalización limitada relativo a la contratación administrativa efectuada por el Área Metropolitana de Barcelona (AMB), durante el ejercicio de 2016, en el cual, entre otras cuestiones, se ponían de manifiesto varias irregularidades detectadas en la contratación menor efectuada por el órgano metropolitano, las cuales tuvieron una cierta resonancia mediática.

Más allá de este caso, han sido diversos los informes de los órganos fiscalizadores que han puesto de manifiesto el uso excesivo y/o irregular de la contratación menor por parte de las administraciones públicas, en el caso de Catalunya, tanto autonómica como local, y su sector público. Así, a modo de ejemplo, podemos referirnos al de otros informes elaborados por la misma *Sindicatura de Comptes de Catalunya*, como por ejemplo el relativo a la contratación administrativa del Departamento de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*² o, por el Tribunal de Cuentas quien, en su informe de fiscalización de la contratación menor celebrada por los Ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, en el ejercicio 2016³, analizaba la actuación del Ayuntamiento de Barcelona en este ámbito.

De hecho, el último informe anual de supervisión de la contratación pública de España, elaborado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (de ahora en adelante, OIRESCON) publicado en diciembre de 2020, agrupa, entre otros datos, los relativas a las irregularidades detectadas por los diversos órganos de control externo autonómico, las cuales no dejan ningún tipo de duda: respecto el ámbito local, las principales irregularidades detectadas en el ámbito de la contratación se referían a las adjudicaciones directas (40,28%) y el fraccionamiento de contratos (34,72%); en el ámbito autonómico, el fraccionamiento de contratos se habría producido en un 35,42% de casos de contratos menores.

Más allá de la existencia o no de determinadas irregularidades, hay que tener presente el importante peso que tiene la contratación menor en el global de la contratación efectuada por el sector público. Ciñéndonos a los datos públicos disponibles respecto de la contratación de los departamentos y entes del sector público de la Administración de la *Generalitat de Catalunya*, en el año 2019 se formalizaron un total de 197.752 contratos menores por un importe global de casi 332 millones de euros⁴.

¹ [Informe 18/2020](#), aprobado fecha 14 de octubre de 2020, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña.

² [Informe 10/2019](#), aprobado fecha 26 de junio de 2020, de la Sindicatura de Cuentas de Cataluña.

³ [Informe nº 1361](#) de fiscalización de la contratación menor celebrada por los Ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016, Tribunal de Cuentas.

⁴ Véase el informe sobre la contratación menor efectuada el año por los departamentos y entes del sector público de la Administración de la *Generalitat de Catalunya*, elaborado por la Dirección General de Contratación Pública:

La contratación menor es una herramienta que facilita la consecución de un elevado grado de eficiencia en la actuación de las Administraciones Públicas puesto que evita la tramitación de expedientes costosos en términos de recursos y tiempos invertidos para contratos públicos de poco valor económico, adjudicando directamente el objeto de la contratación a un determinado operador económico. Ahora bien, esto no obsta que a pesar de encontrarse previsto legalmente y utilizarse de conformidad con la normativa, se trate de un instrumento que implica un sacrificio a los principios de concurrencia y libre competencia⁵, principios vertebradores de nuestro sistema de contratación pública y, en este sentido, derivados directamente del ordenamiento jurídico comunitario⁶ y que, por este motivo su uso, más allá del respeto al marco legal, debe encontrarse convenientemente justificado en términos de necesidad y proporcionalidad. Adicionalmente, este sacrificio en términos de concurrencia y libre competencia es mayor cuando las Administraciones Públicas utilizan esta herramienta de manera, como mínimo, irregular; hablamos de fraccionamientos de contratos, importes al límite del umbral establecido por la normativa o, directamente, contratos tramitados como contratación menor a pesar de superar este umbral.

Ciertamente, hay que encontrar un equilibrio entre eficiencia procedimental y la salvaguardia de los principios de concurrencia y libre competencia en el ámbito de la contratación menor, partiendo de la premisa que la mencionada eficiencia procedimental no debería comportar sacrificios injustificados y/o desproporcionados a dichos principios. Por este motivo, y dado que se trata de una cuestión de interés de cualquier Administración Pública, la *Autoritat Catalana de la Competència* (de ahora en adelante, ACCO) ha considerado oportuno efectuar las siguientes consideraciones. El objetivo de este documento es, pues, ofrecer una serie de recomendaciones o buenas prácticas a las Administraciones Públicas catalanas con el fin que el uso de la contratación menor, respetando la legalidad vigente, sea el más compatible posible con los principios de competencia.

Este documento se enmarca dentro de las actuaciones que, en el ámbito de la contratación pública, contempla el programa anual de actuaciones de la ACCO para el año 2020, a las que se pretende dar continuidad a lo largo de este 2021. Se trata de un sector en el cual la falta de concurrencia y competencia no sólo perjudica el funcionamiento competitivo del mercado, sino también la Administración Pública licitadora (e indirectamente, los contribuyentes), ya que con mucha probabilidad pagará unos precios más elevados, y los usuarios, que recibirán unos servicios de peor calidad. Hace falta, pues, insistir en la necesidad de favorecer la concurrencia en estos procesos y evitar el establecimiento de restricciones que la limiten injustificadamente.

<https://contractacio.gencat.cat/web/.content/principis/transparencia-bones-practiques/transparencia/contractacio-menor/resum-anual/menors-2019.pdf>

⁵ "(...) no debe olvidarse que la existencia del contrato menor radica en el propósito de dotar de mayor agilidad la contratación y cubrir de forma inmediata las necesidades de escasa cuantía que en cada caso resultan necesarias. Por ello, el contrato menor ha gozado -hasta la entrada en vigor de la nueva ley- del no sometimiento en muchos de los principios generales de la contratación: la publicidad, la libre concurrencia entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. (...) En consecuencia, la entrada en vigor de la nueva ley no elimina la posibilidad de utilización de la contratación menor, pero la somete a nuevos requerimientos, debido a que el sistema de adjudicación directa propio de este procedimiento choca de manera frontal con el inicio de libre concurrencia", OIRESCON, Resolución de 6 de marzo de 2019, por la que se publica la instrucción 1/2019, de 28 de febrero sobre contratos menores, regulados a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (de ahora en adelante, [Instrucción 1/2019](#)).

⁶ El Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE recuerda que "La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su número ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia".

II. La contratación menor en la LCSP

El artículo 118⁷ de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual se invierten al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (de ahora en adelante, LCSP), regula el expediente de contratación en contratos menores:

- 1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.*
- 2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.*
- 3. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación en el mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.*
- 4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecto en la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.*
- 5. Lo dispuesto en el apartado 2º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.*
- 6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.*

Otros preceptos de la LCSP también se refieren a los contratos menores; así, el artículo 29.8, respecto la duración de los contratos y de ejecución de la prestación; el artículo 37.1 en relación con el artículo 153.2 (necesidad de formalización), 63.4 (publicidad), 131.3 (adjudicación directa), 335.1 (remisión parcial de información a la Sindicatura de Cuentas) 346.3 (no comunicación en el Registro de Contratos del Sector Público) y Disposición adicional 54.^a (especificidades de contratos de ciencia, tecnología, innovación e investigación).

De entre estos destacar, a los efectos de este documento, el artículo 63.4 de la LCSP que establece las obligaciones mínimas de publicidad de los contratos menores:

“La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario.

⁷ Redactado dado por la disposición final 1.^a del Real decreto ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español varias directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondo de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores”.

Por otra parte, el legislador catalán también ha adoptado medidas en relación a la contratación menor. Concretamente, el artículo 159.1 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre los grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono (de ahora en adelante, Ley 5/2017), estableció una serie de medidas con el fin de promover la libre competencia y la publicidad contractual. Este apartado dispone:

“3. La formalización de más de dos contratos menores consecutivos con idéntico objeto y adjudicatario en un periodo de tiempo inferior a un año o la formalización de contratos menores con idéntico objeto y destinatario durante tres años consecutivos requiere la emisión de un informe justificativo por parte del órgano de contratación, en el caso de los servicios y suministros superiores a 5.000 €, IVA excluido, y en el caso de contratos de obra de un importe superior a 12.000 €, IVA excluido. Este informe deberá publicarse en la Plataforma de Servicios de la Contratación Pública y al Portal de la Transparencia de la Generalitat”.

Así, junto con el informe justificativo sobre la necesidad de la concreta contratación menor previsto en el artículo 118.2 de la LCSP, en Catalunya se ha establecido esta exigencia adicional y complementaria, en el supuesto en que se pretenda contratar por idéntico objeto y al mismo adjudicatario dentro de unos determinados plazos temporales⁸. Como indica la Dirección General de Contratación Pública⁹, *“las medidas de transparencia y publicidad contractual previstas en el artículo 159.1.3 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, están vigentes y son plenamente compatibles con las obligaciones previstas en el actual artículo 118.2 de la LCSP, ya que la finalidad de ambas normas es común y se complementa, dado que lo que se pretende es evitar, por una parte, el fraccionamiento del objeto de los contratos y, de otra, que se cubran necesidades recurrentes o periódicas a través de contratos menores, bien por una incorrecta planificación o bien por un mal uso de estos contratos. A estos efectos, el artículo 118.2 de la LCSP establece la obligación de justificación en el expediente del no fraccionamiento del objeto del contrato, mientras que el artículo 159.1.3 de la Ley catalana lo que hace es imponer medidas complementarias de justificación y publicidad”.*

III. Propuestas para la mejora del nivel de competencia en el ámbito de la contratación menor

La contratación menor es una figura que, cuando se utiliza de manera correcta, permite dotar de una mayor agilidad y eficiencia procedimental a la contratación cuando se trata de cubrir de manera inmediata (por el hecho de ser perentorias e inesperadas) determinadas necesidades de menor cuantía. Sin embargo, esta concepción choca frontalmente con la práctica actual de algunas Administraciones Públicas; lo que debería ser un mecanismo de contratación de uso excepcional, para atender estas necesidades,

⁸ Se trata de una obligación diferente a la que preveía el anterior redactado del art. 118. Concretamente, el apartado 3 disponía, en su redactado original que *“en el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superan la cifra que consta en el apartado primero. (...)”.*

⁹ Véase el Informe sobre las modificaciones introducidas en la tramitación del expediente de contratación menor por el Real decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, y su compatibilidad con las medidas de promoción de la libre competencia y publicidad contractual del artículo 159.1.3 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público: <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/gestionar/regulacio-supervisiu/dgcp-informes/Informe-novetats-menors-2020.pdf>

se ha convertido en el “procedimiento ordinario” o automático de adjudicación de casi todas aquellas contrataciones por un importe inferior al del umbral legalmente determinado, sin que ni siquiera se plantee la posibilidad, por parte de los órganos de contratación de licitar el contrato de que se trate vía los otros procedimientos previstos con carácter general en la LCSP, independientemente del importe de este. Hay que recordar que la LCSP no obliga a hacer uso de la contratación menor y que nada impide recurrir a los otros procedimientos (abierto, negociado con publicidad, etc.) para satisfacer las necesidades de abastecimiento público de menor cuantía.

Adicionalmente a esta realidad, una parte nada despreciable de la contratación menor es claramente irregular o al límite de la legalidad; hablamos, no sólo de fraccionamientos del objeto de los contratos, sino también de otras prácticas, como la adecuación del objeto del contrato a fin de que este necesariamente esté justo al límite, casi al milímetro, de los umbrales establecidos por la Ley (por ejemplo, contratos de servicios o suministros adjudicados a 14.999 €), de manera que aparte de ahorrarse el tiempo que comporta la tramitación de un procedimiento de licitación, esquivan la libre concurrencia de operadores.

El resultado de estas prácticas, algunas más regulares que otras, es que la actividad contractual de muchas administraciones (especialmente, pero no exclusivamente, ayuntamientos de pequeña o mediana dimensión) es encuentra conformada, casi en su integridad, por contratos menores.

Como hemos señalado, la adjudicación directa a un operador típica de la contratación menor, sin publicidad previa, se contradice de manera evidente con los principios que rigen la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico (especialmente, los principios de concurrencia y libre competencia). En este sentido, determinados mecanismos de contratación (no sólo los contratos menores sino también aquellos mecanismos previstos para casos excepcionales, como el procedimiento negociado sin publicidad o la tramitación de emergencia) limitan de manera significativa la competencia por el mercado que necesariamente debería producirse entre los diferentes licitadores interesados en adjudicarse la contratación de que se trate, ya sea porque se negocia directamente con unos pocos operadores previamente seleccionados, escogiendo finalmente a uno, o porque se adjudica el contrato de manera directa a un operador concreto, sin negociación con otros. Así pues, desde esta perspectiva, estos instrumentos de contratación pública se constituyen como restricciones a la competencia y, como a tales, su uso debería limitarse al máximo y encontrarse siempre justificado en términos de necesidad y proporcionalidad.

Los riesgos derivados de la contratación menor para una buena administración y gestión eficiente de los recursos públicos son evidentes. En este sentido, en estos procedimientos no se produce la necesaria rivalidad competitiva que debería conducir a la elección de la mejor oferta en términos de calidad-precio típica de los procedimientos de licitación previstos, con carácter general, a la normativa de contratación pública. En estos casos, la mencionada rivalidad se manifiesta en una pluralidad de ofertas diversas en precio, calidad u otras características que permite al órgano público contratante escoger aquella oferta que mejor se adecua a las necesidades e intereses cuya satisfacción tiene encomendada y, al mismo tiempo, velar por una asignación eficiente de los recursos públicos.

Adicionalmente, el uso excesivo de la contratación menor en tanto que procedimiento de contratación que no permite suscitar de manera suficiente la concurrencia y la

competencia –por el hecho de adjudicar directamente un contrato a un determinado operador-, implica *per se* que afloren ciertos riesgos:

- *Riesgo de falta de justificación y trazabilidad de las decisiones públicas que propicien el uso del contrato menor como procedimiento de contratación.* El ejercicio público de aprovisionamiento requiere justificar y demostrar una conexión lógica, causal, directa y apreciable entre el uso de la figura del contrato menor hacia otras posibles figuras que respeten en mayor medida los principios fundamentales de contratación pública.
- *Riesgo de discriminación entre operadores económicos.* En la contratación menor las empresas no se sitúan en plano de igualdad como posibles proveedores de las Administraciones Públicas. Esta alteración de las condiciones de competencia en el mercado de la compra pública, desde el punto de vista de los ofertantes de los diferentes mercados, provoca injustificadamente la ruptura de la neutralidad competitiva de los mercados y la vulneración del principio de igualdad y no discriminación.
- *Riesgo de ineficiencia en términos económicos.* Al no existir rivalidades inherentes a la concurrencia y la competencia, es esperable que se produzca un sobre coste en términos económicos en el aprovisionamiento. Si bien no se puede menospreciar que las necesidades que se satisfacen mediante contratos menores son de escasa cuantía, el uso extremadamente intensivo de esta figura contractual provoca que, en importes globales, sea una parte muy notable del presupuesto público del conjunto de las Administraciones Públicas destinado al aprovisionamiento público el que se adjudica de manera directa mediante esta figura, hecho especialmente reprochable atendida la limitación de los presupuestos públicos y la debida y legalmente exigible gestión eficiente de los recursos por parte de los gestores públicos.
- *Riesgo sobre el nivel de transparencia y publicidad.* Más allá de seleccionar al contratista sin publicidad previa, existe un riesgo cierto en términos de publicidad y transparencia dado que los requerimientos legales en este ámbito para la contratación menor son de mínimos y claramente insuficientes. Esta situación dificulta tanto la supervisión *ex-post* como la rendición de cuentas que aseguren que se fiscalizan los criterios que han sustentado la toma de decisiones públicas para adjudicar directamente estos tipos de contratos.
- *Riesgo en la integridad de la compra pública.* La falta de una debida motivación puede generar dudas tanto sobre la necesidad de ciertas contrataciones como sobre la objetividad o imparcialidad de medidas que favorecen a determinadas empresas frente de otras. La relajación de los requerimientos inherentes a la tramitación de contratos menores, acentúa la posibilidad de incurrir en riesgos de integridad pública, es decir, aquellos que se manifiestan por actuaciones de servidores públicos que se alejan del interés público al cual sirven y/o que puedan ocasionar daños en los fondos públicos que tienen encomendados. Actuaciones todas ellas que, caso de detectarse, pueden dar lugar a responsabilidades disciplinarias, contables o, incluso, penales.

Aparte de estos riesgos, que exigen un uso limitado y siempre justificado de este mecanismo, la contratación menor también puede presentar problemas claros de legalidad cuando esta es utilizada, como han puesto de manifiesto los órganos fiscalizadores, de manera irregular o fraudulenta por parte de las Administraciones Públicas, es decir, cuando se producen fraccionamientos del objeto de los contratos,

cuando se adjudican contratos menores de manera recurrente y a los mismos operadores sin una clara justificación, a pesar de las cautelas previstas a la normativa, o cuando se altera el precio de contrato (por ejemplo, fijándolo justo por debajo del umbral previsto) con el fin de evitar la aplicación de los procedimientos previstos con carácter ordinario en la LCSP, entre otros.

Sin embargo, como hemos dicho, incluso en una situación de estricto cumplimiento de lo que prevé la normativa reguladora de la contratación pública, se produce una alteración de los principios básicos que la vertebran y, en cierta manera, un daño al funcionamiento competitivo de los mercados afectados por estas adjudicaciones.

Puesto que la falta de concurrencia y de competencia en la compra pública vía contratos menores provocan un perjuicio directo al interés público -concretada en los riesgos mencionados-, la ACCO considera imprescindible la aplicación de algunas medidas que permitirían, dentro del marco legal vigente (i) por una parte, reducir o limitar al máximo el uso de la contratación menor y, (ii) de la otra, mejorar el nivel de concurrencia y competencia de aquella contratación menor que se considere necesaria y justificada. Todas estas medidas tienen como objetivo final acotar al máximo el ámbito de la contratación menor, de manera que esta se vuelva residual para las Administraciones Públicas.

Con carácter previo, conviene recordar que la regulación de la contratación menor contenida en la LCSP es una regulación de mínimos, en algunos aspectos claramente insuficiente, pero que presenta un amplio margen de mejora. En este sentido, la ACCO considera imprescindible completar esta regulación, en los términos que se proponen a continuación, bien mediante las actuaciones de carácter normativo oportunas, bien mediante el uso de otros instrumentos de carácter no normativo, como la elaboración de códigos de buenas prácticas a seguir por parte de las Administraciones Públicas contratantes.

1) Medidas para reducir el uso de la contratación menor

- ✓ ***Mejora en la planificación y programación de la contratación pública como mecanismo para reducir la contratación menor.***

Para la ACCO, una medida que claramente tendría una incidencia directa en la reducción de la contratación menor es la mejora de la planificación y programación de la contratación pública. Un buen análisis de las necesidades de aprovisionamiento y, a partir de aquí, una correcta planificación evitaría, en buena parte, el recurso sistemático a la contratación menor para atender determinadas necesidades, en especial cuando se trata de aquellas que se podrían calificar como recurrentes y/o perfectamente previsibles. En este sentido, la contratación menor se debería limitar a aquellas necesidades perentorias, que necesitan ser satisfechas de manera inmediata y que han surgido de forma inesperada.

El artículo 28.4 de la LCSP dispone que *“las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán en conocer su plan de contratación anticipadamente mediante uno anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos en una regulación armonizada”*; establece, pues una obligación de programación, centrada específicamente en los contratos sujetos a regulación armonizada. Sin embargo, nada obsta a la extensión de esta obligación en el resto de actividad contractual de las Administraciones Públicas, y

por lo tanto, también a algunas de aquellas necesidades que a menudo se han satisfecho por la vía de la contratación menor.

Son muchos los beneficios de la programación y la planificación de la contratación pública en general; de hecho, en este ámbito, la planificación se considera una fase clave para el éxito del abastecimiento público, ya que minimiza errores de falta de previsión y se considera uno de los factores claves para la existencia de licitaciones verdaderamente competitivas. Como ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en su reciente documento sobre la planificación en la contratación pública¹⁰, la planificación y la programación es una herramienta para promover la competencia y la eficiencia; en este sentido, *“los problemas de competencia de un aprovisionamiento público pueden vislumbrarse cuando se produce la convocatoria formal a los operadores para concurrir a la licitación (escasez de licitadores, escasa competencia en precios, variedad o calidad, entre otras). Pero las causas que han provocado estas situaciones, sus raíces últimas, pueden derivar de un proceso muy anterior, un proceso fundamentalmente interno directamente conectado con un adecuado conocimiento de sus necesidades y las expectativas de satisfacción, proceso que conocemos como planificación. Llevar a cabo una correcta planificación presenta ventajas para los entes públicos, mientras que no llevarla a cabo supone un coste del que en al menos deben ser conscientes.”*

Así, una buena planificación y programación ayuda a reflejar necesidades, a priorizarlas y a ajustarlas a los recursos disponibles; facilita la rendición de cuentas; evita el despilfarro de recursos y, por lo tanto, permite tanto la consecución de una mayor eficiencia económica en la compra pública como otros objetivos de interés público (por ejemplo, objetivos medioambientales o sociales, etc.); mejora la gestión económica y presupuestaria y contribuye a prevenir la corrupción. Una buena planificación conduce a la satisfacción de las necesidades de abastecimiento público mediante sistemas abiertos y competitivos, ya que permite la identificación de los procedimientos de adjudicación más adecuados a cada caso, de manera que las Administraciones Públicas pueden evitar o limitar el uso de aquellos procedimientos más deficitarios en términos de concurrencia y competencia, como los contratos menores, pero también los procedimientos sin publicidad o los encargos a medios propios.

En otros términos, la falta de planificación lleva a la Administración a utilizar procedimientos no competitivos, como lo es la contratación menor, para resolver sus necesidades, muchas de las cuales podrían calificarse de permanentes o recurrentes y que, por lo tanto, no podrían calificarse de imprevistas, que con una buena planificación habrían podido adjudicarse mediante procedimientos más adecuados, debidamente publicitados y abiertos a la concurrencia, lo que habría comportado una gestión más eficaz y eficiente de los recursos públicos y un menor daño en el funcionamiento competitivo de los mercados. En definitiva, una buena planificación limita el uso recurrente y/o excesivo de figuras contractuales, como los contratos menores, que suponen una alteración de los principios vertebradores de nuestro sistema de contratación pública.

¹⁰CNMC, G-2019-2 Guía de contratación pública y competencia. Fase 1: La planificación de la contratación pública, de 16 de diciembre de 2020: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf

- ✓ ***Promover el uso de alternativas a la contratación menor más respetuosas en términos de política de competencia.***

Aunque no debería ser así, a menudo las necesidades de abastecimiento de las Administraciones Públicas se satisfacen mediante el mecanismo de la contratación menor son periódicas y recurrentes, y también comunes tanto en el seno de una misma organización administrativa (por ejemplo, entre varias unidades de un mismo Departamento) como entre diversas de éstas. Por lo tanto, una vía para reducirla, aparte del uso de otros procedimientos de contratación, es incentivar o promover el uso de otros mecanismos más respetuosos en términos de política de competencia que también contempla la normativa de contratación pública. Con una buena organización de las necesidades de abastecimiento, consecuencia al mismo tiempo de una buena planificación y programación, de la cual se derivara un mayor uso de estas herramientas o instrumentos dentro del propio órgano contratante pero también entre los diversos órganos contratantes de una misma Administración, la contratación menor alcanzaría una utilización residual, quedando limitada sólo a la satisfacción de prestaciones urgentes, de reducido importe y no repetitivas en el tiempo.

En otras palabras, hay que promover que aquellas actuaciones que se han vehiculado hacia la contratación menor sean resueltas mediante otros instrumentos que contempla la normativa. Entre estas alternativas que prevé la propia LCSP:

- *Recurso al procedimiento abierto simplificado y simplificado abreviado (artículo 159 LCSP).*

Estos procedimientos deberían constituir, en general, la alternativa principal a la contratación menor ya que permiten una mayor celeridad en la compra pública que el procedimiento abierto, pero manteniendo los beneficios que, en términos de concurrencia y de rivalidad competitiva, se derivan. En definitiva, gracias a la reducción de los plazos y a la concentración de trámites para la gestión del expediente de contratación, muchas de las necesidades cubiertas actualmente mediante contratos menores podrían satisfacerse sin sacrificar, de manera innecesaria e injustificada, los principios vertebradores de la contratación pública.

Aun así, hace falta tener en cuenta que la reducción excesiva de los plazos para presentar ofertas nunca es la opción más deseable con el fin de poder contar con buenas propuestas en términos de calidad-precio; por este motivo, se recomienda que no se adopten los plazos mínimos para la presentación de ofertas establecidos en el artículo 159 de la LCSP como plazos aplicables de manera obligatoria en estos casos. Hay que tener presente que nada impide que se establezcan unos plazos más extensos que favorezcan la presentación de ofertas.

- *Uso de los contratos de suministros y servicios de forma sucesiva por precios unitarios (artículos 16.3, letra a) y 17 y disposición adicional 33.^a de la LCSP).*

Estos contratos permiten la satisfacción de la necesidad de abastecimiento, tanto de servicios como de suministros, a medida que esta aparece. Así, con una buena planificación, aquellos contratos menores de carácter recurrente para una misma prestación se agruparían en un único contrato por el cual el empresario se obligaría a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y a un precio unitario “sin que el número total de

entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud en el tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración” (DA 33 de la LCSP). Este contrato, de mayor importe (de hecho, se debería aprobar un presupuesto máximo) se licitaría mediante los procedimientos previstos con carácter ordinario por la LCSP y, por lo tanto, sería mucho más respetuoso con los principios de concurrencia y libre competencia. Al mismo tiempo, la Administración ganaría en eficiencia ya que, en lugar de una pluralidad de contratos menores para una misma prestación, adjudicados cada cierto tiempo, debería tramitar un único expediente de contratación.

- *Uso de los mecanismos de racionalización técnica de la contratación previstos a la LCSP: acuerdos marco (artículos 219 a 222), sistemas dinámicos de contratación (artículos 223 a 226) y centralización de compras (artículo 227).*

En especial para los casos de necesidades recurrentes o periódicas, y comunas en el sí de las Administraciones Públicas (tanto al interior de una misma organización como en relación a diversas de estas), el uso de estas alternativas permite dotar la actividad de abastecimiento de una cierta flexibilidad, atendiendo las necesidades que van surgiendo de manera recurrente, de manera que también contribuirían a excluir o limitar al máximo la posibilidad de contratación menor y los riesgos asociados a la misma.

Aunque estos mecanismos también presentan ciertos problemas en términos de competencia (en especial, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de contratación) y por este motivo hace falta que estén bien diseñados (de hecho, la propia LCSP se muestra cautelosa al respecto y exige que el uso de estos instrumentos debe hacerse de manera que no obstaculice, restrinja o falsee la competencia) permiten suscitar un mayor nivel de concurrencia y las correspondientes rivalidades competitivas, que se producirán en el procedimiento para la homologación de operadores.

- *Explorar vías de compra conjunta esporádica entre Administraciones u órganos contratantes de estas (artículo 31.2 y 3 LCSP).*

La LCSP prevé la posibilidad que las entidades que integran el sector público puedan acordar la realización conjunta de contrataciones específicas, lo que se conoce como compra conjunta esporádica (artículo 31.2 y 3). Se trata pues, de un tipo de compra colaborativa, en el que varias administraciones cooperan, pero no para efectuar una prestación entre ellas (hablaríamos aquí de cooperación vertical u horizontal, vía medios propios o convenios) sino para acordar una contratación con terceros operadores en nombre y a beneficio de las diversas administraciones. Al aumentar el volumen a contratar y optar por los procedimientos ordinarios, se obtendrán unas mejores ofertas en términos de calidad-precio que beneficiarán las diversas administraciones contratantes.

Este mecanismo de abastecimiento es especialmente útil (pero no sólo) en supuestos que muy probablemente derivarían en una contratación menor: por ejemplo, para la contratación de determinados servicios de mantenimiento por parte de entidades locales de pequeña dimensión (por ejemplo, mantenimiento de semáforos o extintores, que muy probablemente serán pocos en municipios pequeños) o en el caso de suministros constantes a precios unitarios.

No obstante los beneficios que en términos de concurrencia y competencia y, consecuentemente, en términos de gestión eficiente de los recursos públicas, presenta esta compra de tipo colaborativo es un mecanismo muy poco utilizado en el Estado (un 1% del total de contrataciones, el año 2019)¹¹.

2) Medidas para mejorar el nivel de concurrencia y competencia en la contratación menor

✓ *Justificación suficiente y adecuada de toda la contratación menor.*

Evidentemente, si a pesar de la aplicación de las medidas o recomendaciones anteriores que conducirían a una reducción de la contratación menor, el órgano contratante considera la posibilidad de recurrir a esta, hace falta que esta opción esté plenamente justificada. Ahora bien, incluso en estos casos, la ACCO considera que, dado que la contratación menor implica una adjudicación directa del contrato en un operador, hay que aplicar este mecanismo sólo cuando, más allá de lo que prevé el artículo 118 de la LCSP, se encuentre plenamente justificado tanto en términos de necesidad, pero también de proporcionalidad y mínima distorsión.

Es decir, desde una perspectiva de competencia, haría falta que, cada órgano de contratación, efectuara una evaluación mínimamente rigurosa sobre la concreta necesidad de abastecimiento que contemplara también la afectación a la concurrencia y competencia, de manera que, aunque se cumplieran los umbrales establecidos en la LCSP, la adjudicación directa se limitara al mínimo, evitando al máximo el posible daño o distorsión a la competencia derivada de una adjudicación directa. De hecho, podría considerarse como una buena práctica en términos de competencia incorporar en el informe previsto en el artículo 118.2 relativo a la necesidad y la ausencia de fraccionamiento del objeto del contrato¹² (exige “la *emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior*”) una evaluación de las diversas alternativas de abastecimiento, de manera que se garantice la elección de la alternativa menos restrictiva de la competencia en cada caso y, consecuentemente, se limite la contratación menor al mínimo imprescindible.

En definitiva, si bien la ACCO considera plenamente factible la existencia de contrataciones que podrían ser resueltas, también de una manera ágil, a través de otros procedimientos previstos en la LCSP mucho más respetuosos con los principios de concurrencia, salvaguardia de la libre competencia y el resto de principios vertebradores de nuestro sistema de contratación pública, en aquellos casos en que haya que recurrir a la contratación menor se considera necesario introducir en el procedimiento una

¹¹ Véáis, en este sentido, el indicador nº 4

https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

¹² Por lo que respecta la ausencia de fraccionamiento, tal como indica la instrucción 1/2019 de la OIRESCON, antes mencionada, si bien referida al redactado anteriormente vigente del artículo 118 de la LCSP, “*debe justificarse la ausencia de fraccionamiento del objeto del contrato. Es decir, debe justificarse que no se han separado prestaciones que forman ‘unidad funcional’ del objeto del contrato con el único fin de eludir las normas de publicidad en materia de contratación. En este sentido, el criterio relativo en la ‘unidad funcional’ para distinguir si existe fraccionamiento de un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separan, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por sí solas. Así, la justificación debe versar sobre la indispensable e intrínseca vinculación entre las prestaciones en cuestión para la consecución de un fin, esto es, la satisfacción de la necesidad que motiva la celebración del contrato*”. Hay que tener presente que la viabilidad jurídica de cualquier contratación menor no puede eludir las normas de publicidad y concurrencia con la limitación del objeto contractual a través del fraccionamiento.

evaluación en términos de competencia, que vaya más allá del cumplimiento de las formalidades previstas al artículo 118 de la LCSP.

✓ **Publicidad previa de los contratos menores**

En aquellos casos en que se encuentre justificado recurrir a la contratación menor, la ACCO considera imprescindible que el órgano de contratación efectúe aquellas actuaciones que se consideren necesarias con el fin de publicitar la futura contratación. Desde una perspectiva de competencia, se considera indispensable hacer uso de todos los medios posibles para dar a conocer el contrato que se quiere adjudicar, facilitando la información necesaria con el fin que los diferentes operadores puedan presentar unas buenas ofertas en términos de calidad y precio, que den respuesta a las necesidades de abastecimiento de las Administraciones Públicas.

Ciertamente, este nivel de publicidad, va mucho más allá de las obligaciones de publicidad relativas a los contratos menores establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 63.4 de la LCSP establece que “*la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente (...)*”, lo que se configura como una obligación de publicidad de mínimos, a efectuar de manera recurrente (como mínimo, cada trimestre) pero *a posteriori*, es decir, una vez adjudicados cada uno de los contratos menores de que se trata.

Esta previsión contribuye a aumentar el nivel de transparencia de la actuación de los órganos de contratación y, en este sentido, facilita el control posterior y fiscalización de esta tipología de contratos lo que, a su vez, contribuye a disminuir o evitar el uso excesivo de esta figura. Sin embargo, en términos de competencia, estas obligaciones de publicidad son claramente insuficientes, ya que esta publicidad posterior no permite que operadores que podrían resultar interesados en la concreta contratación menor puedan tener conocimiento y, por lo tanto, concurrir y presentar las respectivas ofertas o presupuestos con el fin de resultar adjudicatarios. Haría falta, pues, en todos los casos en que sea posible (la mayoría, muy probablemente) optar por aumentar estas obligaciones de publicidad y, en este sentido, que los órganos contratantes efectuaran la publicidad con carácter previo de sus contratos menores a través de, como mínimo, la publicación al perfil de contratante de la Plataforma de Servicios de Contratación Pública, como buena práctica que promovería la concurrencia y la efectiva competencia entre cualesquiera operadores que cumplieran los requerimientos de los contratos. En este sentido, consideramos que la previsión del artículo 63.4 de la LCSP es sólo el mínimo exigible, y que el establecimiento de obligaciones de publicidad más exigentes sería plenamente conforme con esta normativa básica.

✓ **Solicitud de ofertas o presupuestos en varios operadores**

Aunque es preferible y prioritaria la publicidad de estas contrataciones, en aquellos supuestos en que no se lleve a cabo, la ACCO considera una buena práctica administrativa que, cuando se deba hacer uso de la contratación menor, los órganos contratantes soliciten la presentación de ofertas a varios operadores. De esta manera, se introduce un cierto nivel de competencia en la adjudicación del contrato de que se trate.

Al respecto, destacar la propuesta efectuada en su día por la OIRESCON¹³ de solicitar por parte del órgano de contratación, un mínimo de tres presupuestos, “*de acuerdo con*

¹³ Véase la Instrucción 1/2019 de la OIRESCON antes citada.

*el principio de competencia, y como medida antifraude y de lucha contra la corrupción”.*¹⁴ Aunque dicha obligación no se encuentra contemplada en el texto actual de la LCSP, y que las instrucciones de la OIRESCON sólo son de aplicación obligatoria a la Administración General del Estado y a las entidades de su sector público¹⁵, la ACCO considera que habría que introducir este tipo de medida, como ejemplo de buenas prácticas, en el ámbito de la contratación menor efectuada por todas las Administraciones Públicas catalanas.

✓ ***Admisión las ofertas de todos los operadores que se presentan como consecuencia de la publicidad efectuada.***

Con carácter complementario a las recomendaciones anteriores, sería necesario que se aceptarán todas aquellas ofertas o presupuestos presentados por los operadores, con independencia que hayan sido o no publicitados o, en detrimento de la publicidad, solicitados directamente por parte del órgano de contratación, garantizando así el principio de igualdad de trato entre los diversos operadores que deciden presentar las respectivas ofertas.

✓ ***Rendición de cuentas en el ámbito de la contratación menor.***

El artículo 335 de la LCSP obliga a remitir determinada información sobre los contratos celebrados a los órganos de control externo, es decir, a la *Sindicatura de Comptes* en el caso de las Administraciones Públicas catalanas, para el ejercicio de su función fiscalizadora. En el caso de los contratos menores, esta obligación se limita a la remisión de una lista o relación de los contratos celebrados, con indicación de la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y el importe.

Sin embargo, la ACCO es de la opinión que haría falta reforzar y mejorar el sistema de restitución de cuentas en relación con la contratación menor, mediante la elaboración de un informe, de periodicidad mínima anual, por parte del órgano contratante, a modo de evaluación ex post, sobre todos los contratos adjudicados, que permitiera valorar si, efectivamente, los mismos responden a necesidades perentorias e imprevistas del órgano contratante, el cual tendría que hacerse público. Se trata de una medida que, como el caso de la publicidad, mejoraría el nivel de transparencia asociado a la contratación menor y, a su vez, permitiría detectar toda aquella contratación menor efectuada de manera irregular o abusiva por parte de las Administraciones Públicas.

A su vez, de los resultados de estas evaluaciones debería derivarse una mejora en la planificación y programación de la contratación.

¹⁴ Posteriormente, en una nota, la OIRESCON matizó que podía obviarse este requerimiento: “la referencia en la solicitud de tres presupuestos que se indica en la Instrucción, ha de interpretarse en el sentido de que la misma satisface el principio de competencia; siendo siempre posible justificar motivadamente la no procedencia de tal petición de ofertas cuando dicho trámite no contribuya al fomento de la competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motivan el contrato menor. En todo caso, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida con la publicidad de la licitación si así lo decide el Órgano de Contratación, pues, en tales supuestos, ya quedaría garantizada la competencia”.

¹⁵ Ved, en este sentido, el [informe 8/2020](#), de 17 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativo a la obligatoriedad de la Instrucción sobre contratos menores de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación en el ámbito de la Administración local en Catalunya. En este informe, la Junta pone en duda la facultad de la OIRESCON de establecer una obligación como la mencionada (solicitud de tres presupuestos); sin embargo “se considera adecuado que todos los órganos de contratación voluntariamente tomen en consideración los contenidos de la Instrucción 1/2019 de la OIRESCON que efectivamente constituyan pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de contratos y, por lo tanto, herramientas de ayuda a dirigidas a la unificación de criterios y actuaciones, todavía más teniendo en cuenta que consolidan pronunciamientos de los órganos consultivos específicos en materia de contratación pública”.

En definitiva, vistos los riesgos que presenta el uso excesivo de la contratación menor por parte de las Administraciones Públicas, la ACCO recomienda la adopción de medidas, especialmente de naturaleza normativa (es decir, mediante la aprobación de legislación al respecto por parte del *Parlament de Catalunya*) pero también vía el establecimiento de códigos de buenas prácticas y protocolos en el sí de los órganos administrativos, que reduzcan de manera significativa el uso de este mecanismo o que, como mínimo, contribuyan a aumentar el nivel de concurrencia y, por lo tanto, de competencia en aquellos casos en que necesariamente haya que recurrir a la contratación menor.

En este sentido, hay que tener presente que la regulación de la contratación menor contenida en la LCSP es una regulación de mínimos, en algunos aspectos claramente insuficiente, pero que presenta un amplio margen de mejora.

El objetivo final es, pues, velar para que se restrinja el uso de la contratación menor como mecanismo de abastecimiento público, limitándose a la satisfacción de prestaciones urgentes, de menor cuantía y no repetitivas en el tiempo, y que en caso de que sea indispensable, comporte un sacrificio menor a los principios de concurrencia y competencia, vertebradores de nuestro sistema de contratación pública.

Barcelona, 21 de abril de 2021.