

DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES POR LAS ENTIDADES LOCALES

CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA LEA/AVC Nº 581-PROM-2022

Pleno:

Alba Urresola Clavero, Presidenta

Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Enara Venturini Álvarez, Vocal

Ainara Herce San Martín, Secretaria

El Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), con la composición ya expresada, ha dictado en su reunión celebrada el de 31 de agosto de 2022 el siguiente DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES POR LAS ENTIDADES LOCALES.

SUMARIO:

DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES POR LAS ENTIDADES LOCALES		1
ABREVIATURAS:		2
I. COMPETENCIA.....		3
II. OBJETO		3
III. CARÁCTERÍSTICAS DEL CONTRATO MENOR.....		5
IV. IRREGULARIDADES EN EL USO DEL CONTRATO MENOR.....		7
4.1	Fraccionamiento del contrato.....	8
4.2	Reurrencia y concatenación de contratos.....	10
4.3	Irregularidades detectadas por LEA/AVC.....	12
V. PLANIFICACIÓN		13
VI. COLUSIÓN Y CONTRATO MENOR		15
6.1	Ofertas de cobertura	16
6.2.	Subcontratación y facturas cruzadas.....	17
6.3.	Vinculaciones entre empresas.....	18
VII. CONCLUSIONES.....		19
VIII. ANEXO.....		20
DECALOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN MENOR		20

ABREVIATURAS:

JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
LEA/AVC	Lehiaren Euskal Agintaritza / Autoridad Vasca de la Competencia
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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.
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. COMPETENCIA

1. El cometido de LEA/AVC está delimitado por su Ley de creación, la Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia. En esta Ley se encomiendan dos funciones principales. La primera, se centra en resolver los supuestos de infracción en materia de competencia (acuerdos colusorios, abusos de posición de dominio y falseamiento de la competencia por actos desleales), para lo cual se tramitan los oportunos procedimientos sancionadores. La segunda, se centra en la promoción de la competencia y la transparencia en los mercados.

2. Entre las labores de promoción que realiza LEA/AVC, en virtud de la competencia reconocida en el artículo 3.3 de la 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia, se encuentra la emisión de informes y recomendaciones a las diferentes entidades que conforman el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con el objeto de promover, mejorar y favorecer la competencia en los mercados.

II. OBJETO

3. El presente documento tiene por objeto analizar el uso de la figura del contrato menor por las entidades locales, y ofrecer una serie de recomendaciones o buenas prácticas, que sirvan de guía a dichas entidades a la hora de tramitar sus expedientes, con el fin de que el uso de la contratación menor respete la legalidad vigente y garantice el principio de libre competencia.

4. El contrato menor se ha caracterizado por ser una modalidad contractual sencilla y ágil en su tramitación, que permite la selección del adjudicatario de una manera directa y prácticamente inmediata, que facilita la labor encomendada a las personas encargadas de la compra pública en las entidades locales, especialmente si estas son de tamaño reducido y no cuentan con personal especializado de apoyo para la provisión de bienes y servicios.

5. Sin embargo, en los últimos tiempos el empleo de dicha figura se encuentra sometida a un fuerte escrutinio por parte de diferentes instituciones y entidades dedicadas al control y a la fiscalización de la contratación del sector público, dado que, precisamente, la sencillez en su tramitación ha provocado un uso abusivo, no siempre justificado e incluso irregular de dichos contratos¹.

¹ El 27 de julio de 2016, el Consejo de la Unión Europea dictó la “Recomendación de Decisión del Consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo”, donde se

6. Si bien la subsistencia de esta modalidad contractual en la LCSP resulta necesaria y del todo justificada, igualmente lo es que quienes forman parte de la planificación, preparación, diseño, tramitación y adjudicación de los expedientes de compra en las entidades locales, cuenten con conocimiento suficiente y seguridad jurídica respecto a cuándo es factible acudir a dicha figura y a cómo cumplir con los principios de contratación recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los cuales se encuentra la salvaguarda de la libre competencia.

7. Los principios recogidos en el artículo 1 de la LCSP –libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación, igualdad de trato, integridad, eficiencia y salvaguarda la libre competencia- deben estar presentes y regir cualquier proceso de compra pública, por lo que deben imperar incluso durante la tramitación de los contratos menores.

8. Para la elaboración del presente documento, se han tenido en cuenta las actuaciones de promoción previas desarrolladas y las respuestas a las consultas emitidas por LEA/AVC en relación con la contratación menor.

Al respecto, pueden consultarse en la página web de esta autoridad los siguientes informes:

► *LEA/AVC 395-PROM-2019 Informe sobre la contratación menor en los Ayuntamientos de Baños de Ebro, Elciego, Laguardia, Leza, Moreda De Álava, Navaridas, Samaniego y Villabuena de Álava.*

[INFORME SOBRE LA CONTRATACIÓN MENOR EN LOS AYUNTAMIENTOS DE BAÑOS DE EBRO, ELIEGO, LAGUARDIA, LEZA, MOREDA DE ÁLAVA, NAVARIDAS, SAMANIEGO Y VILLABUENA DE ÁLAVA - Informes y consultas - Autoridad Vasca de la Competencia \(euskadi.eus\)](#)

► *LEA/AVC 439-PROM- 2020 Informe Sobre la Contratación menor en el Ayuntamiento de Deba.*

advierte de la baja tasa de publicación de los anuncios de contratos, y el correlativo abuso del procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas.

OIRESCON. Entre las conclusiones expuestas en el Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública en España, publicado en diciembre de 2020 (IAS 2020): *En el ámbito local, las principales irregularidades detectadas en esta fase son las adjudicaciones directas sin la previa licitación del contrato, las prestaciones recibidas sin cobertura contractual y la insuficiente justificación del procedimiento de adjudicación elegido o del tipo de tramitación del expediente.*

Así mismo, en el Informe Anual de Supervisión de 2021 (IAS 2021), en relación con la contratación local y el uso del contrato menor, entre otras cuestiones, se señala que, la contratación menor es el procedimiento más utilizado (87,63%) en ámbito local: *Como puede verse, desde la perspectiva del número de contratos, la contratación menor es el procedimiento más utilizado (87,63%) al igual que sucedía en las CCAA, seguido con mucha diferencia, del procedimiento abierto.*

<https://www.competencia.euskadi.eus/documentacion-relevancia-juridica/informe-sobre-la-contratacion-menor-en-el-ayuntamiento-de-deba/webavc00-cninforconsul/es/>

► LEA/AVC 479-PROM-2021 Informe contratación menor Ayuntamiento de Hondarribia.

<https://www.competencia.euskadi.eus/documentacion-relevancia-juridica/informe-contratacion-menor-ayuntamiento-de-hondarribia/webavc00-cninforconsul/es/>

► Guía sobre Contratación Pública y Competencia de 2018 y su actualización en 2020.

https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMP

https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/Actualizacion_GUIA_AVC_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf

III. CARÁCTERÍSTICAS DEL CONTRATO MENOR

9. La principal característica que define a los contratos menores es el umbral máximo que delimita cuándo pueda acudir a esta modalidad contractual. Así, el artículo 118 de la LCSP considera contratos menores los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios o suministros cuyo valor estimado sea inferior a 15.000 euros.

10. De conformidad con lo dispuesto en la LCSP, la tramitación de un contrato menor, además de cumplir el límite máximo por cuantía, requerirá:

- a) Duración no superior al año, ni prorrogable.
- b) Informe del órgano de contratación donde deberá justificarse 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 (no necesario si pagos por el sistema de anticipos de caja fija o similares, siempre y cuando su valor no exceda de 5.000 euros).
- c) Aprobación del gasto.
- d) Incorporación de la factura.
- e) En el contrato de obras, incluir el presupuesto de obras y, en su caso, el proyecto.
- f) Publicación de manera agrupada y trimestral en el perfil del contratante, exceptuados contratos cuyo valor estimado inferior a 5.000 mil euros, si pago mediante anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (artículo 63.4 LCSP).

Si se cumplen estos requisitos, el contrato podrá adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (artículo 131.3 LCSP).

11. Como se puede observar, el legislador ha optado por dotar de una regulación escueta al contrato menor. Se trata de una forma de selección del proveedor inmediata, ágil y sencilla, que no requiere de los requisitos habituales exigidos para el resto de procedimientos de adjudicación, lo cual facilita mucho la provisión de las necesidades de las entidades locales.

Entre los requisitos destaca la falta de exigencia de publicidad previa de la licitación², por lo que esta modalidad limita la libertad de acceso a los operadores económicos, restringe la competencia y no garantiza la igualdad de trato entre los operadores. Tampoco es necesaria la elaboración de pliegos de contratación, ni se exige la emisión de informe jurídico, la aprobación de expediente, o la participación de mesa de contratación, entre otros.

12. La escasa cuantía que define a estos contratos justifica, precisamente, que se haya dotado de un procedimiento de selección de estas características. Sin embargo, esta modalidad de contratación no ha sido concebida para ser empleada de manera habitual, sino que tiene como finalidad dar respuesta, de forma rápida, a necesidades que puedan surgir de manera excepcional, necesidades no previstas, que debido a su escasa cuantía, se considera que la no aplicación estricta de los requisitos y merma de los principios empleados en el resto de procedimientos, como la publicidad, igualdad de acceso a la licitación, no discriminación, transparencia o garantía de la competencia, pueden ser compensados en aras a la eficiencia y el interés público.

13. Cierto es que el articulado de la LCSP no recoge expresamente que el uso de esta modalidad contractual tendrá carácter excepcional y deberá emplearse solamente para necesidades puntuales, pero la Exposición de Motivos señala expresamente, precisamente en referencia al nuevo procedimiento creado en la LCSP denominado procedimiento abreviado simplificado, que la contratación directa debe reducirse a situaciones extraordinarias: (...), en el que *el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato. En este procedimiento se habilita además una tramitación especialmente sumaria para contratos de escasa cuantía que ha de suponer la consolidación de la publicidad y la eficiencia en cualquier contrato público, reduciendo la contratación directa a situaciones extraordinarias.*

14. Por otra parte, la LCSP expresamente establece que la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el

² En referencia a la publicidad que permite el acceso a la misma, dado que la publicidad posterior, tras la adjudicación del contrato menor en el perfil del contratante, sí resulta obligatoria (artículo 63.4 LCSP).

principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido (artículo 131.2 LCSP), por lo que no cabe duda de la excepcionalidad con la que debe ser empleada la modalidad de la contratación menor.

15. Si bien lo señalado hasta este punto sobre los requisitos y tramitación del contrato menor se corresponde con la normativa que al respecto recoge la LCSP, distintas administraciones y entidades se han dotado de normas, recomendaciones o instrucciones internas de contratación a seguir en los procesos de contratación menor, que deberán ser observadas por aquellas entidades que se encuentren dentro de su ámbito subjetivo de aplicación.

16. A este respecto, por ejemplo, las recomendaciones de la Junta Asesora de Contratación Pública de las entidades del Sector Público de la CAE, o la Instrucción de la OIRESCON³.

IV. IRREGULARIDADES EN EL USO DEL CONTRATO MENOR

17. Pese a que el recurso al contrato menor debe realizarse de manera excepcional, el empleo abusivo de esta figura ha hecho saltar las alarmas y puesto en el punto de mira su empleabilidad.

18. Por ello, es preciso dotar de seguridad jurídica y determinar cuáles son las líneas que en ningún caso se pueden rebasar en el uso del contrato menor, haciendo específica mención a las líneas rojas establecidas por la LCSP: el fraccionamiento del contrato, directamente relacionado con su objeto y la superación de los umbrales que permiten acudir a dicha vía, y la recurrencia o concatenación de contratos, directamente relacionado con el incumplimiento del límite temporal e incluso con la propia figura del fraccionamiento.

³ RECOMENDACIÓN 1/2020, de 5 de marzo, de la Junta Asesora de Contratación Pública. Contratos Menores a la luz de la Ley De Contratos del Sector Público. https://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/kpecpe_jasesora_recomend/es_def/adjuntos/Recomendacio-n-1_2020--Contratos-menores.pdf

Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3281&p=20190307&tn=1>

4.1 Fraccionamiento del contrato

19. Como ya se ha señalado, en el expediente de contratación menor debe obrar informe del órgano de contratación donde se justifique que no se está alterando el objeto del contrato con el fin de evitar la aplicación de los umbrales.

El artículo 99.2 de la LCSP establece que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. Esta regulación es general, aplicable a cualquier tipo de procedimiento de contratación.

20. Para determinar si existe fraccionamiento de contrato y si mediante dicho fraccionamiento se están eludiendo las normas que deben regir el procedimiento de contratación, es preciso realizar el análisis conjunto tanto de la definición del objeto del contrato, como sobre qué se entiende por fraccionamiento, pues para analizar si existe fraccionamiento se debe partir de la definición del objeto.

21. Respecto a qué debe comprender el objeto, el artículo 99.1 de la LCSP señala que el objeto de los contratos deberá ser determinado, a lo que hay que añadir que deberá ser completo, según preceptúa el artículo 116.2 LCSP, es decir, que deberá comprender la realización de todas las prestaciones para cubrir las necesidades que tenga la entidad respecto a la misma utilidad. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer, sin cerrar el objeto a una solución única.

22. Los órganos de control externo de la contratación y la doctrina han acuñado el término unidad operativa o funcional como criterio a tener en cuenta a la hora de determinar qué prestaciones deben comprender el objeto del contrato. Se entiende que existe unidad operativa o funcional si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración el contrato⁴.

23. En el informe emitido por la JCCPE, de fecha 29 de julio de 2020, se concluye que:

Por otro lado, al resolver la anterior cuestión ya hemos expuesto nuestra constante doctrina sobre el concepto de unidad funcional a estos efectos señalando que la misma concurre cuando media la existencia de un vínculo operativo entre los objetos de los contratos sucesivos, de tal modo que resulten

⁴ Según definición del Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana. 11 de abril de 2019.

imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En este caso, en que los objetos son idénticos y lo único que existe es una división temporal del contrato, no puede caber duda de la existencia de unidad funcional.

24. El TJUE también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en diferentes sentencias, como en el asunto C-574/10, Comisión Europea y República Federal Alemana, donde concluía que tres de los contratos de arquitectura analizados estaban interconectados de tal manera, al tratarse de una obra de un mismo edificio y por su homogeneidad técnica y económica, que deberían haberse contratado como una sola obra. En el supuesto T-358/08, Comisión Europea y España, respecto a la actuación del Ayuntamiento de Zaragoza, el cual entre el periodo comprendido entre finales de 1996 y de 1999, publicó 35 anuncios de licitación para la contratación de servicios referidos al saneamiento, el Tribunal consideró que la descripción de los trabajos que debían llevarse a cabo en la red de alcantarillado eran de naturaleza similar y que los trabajos cumplían una misma función económica.

25. En el Informe LEA/AVC 479-PROM-2021 sobre la Contratación menor del Ayuntamiento de Hondarribia, se concluye que en los contratos de servicio de montaje analizados (101 contratos en 2018; 105 contratos en 2019; 87 contratos en 2020), se había producido fraccionamiento de contrato en tanto que todas las prestaciones contratadas comprendían trabajos referidos a servicio de montaje, aunque lo fueran para diferentes Departamentos del Ayuntamiento y eventos a celebrar en fechas y por motivos diferentes (torneo de judo, actividad turística Euskalphoto jaia, cabalgata de reyes, etc.).

26. Por tanto, salvo que se trate de la contratación de prestaciones cuyo objeto no esté vinculado entre sí, las prestaciones deben ser objeto de contratación conjunta, pues de lo contrario nos encontraríamos ante un supuesto de fraccionamiento indebido.

En el supuesto de los servicios de montaje del Ayuntamiento de Hondarribia aludido, el valor estimado a tener en cuenta para dirimir el procedimiento de adjudicación a emplear debería haber sido la suma de todas las necesidades que por ese concepto tenía previsto realizar el Ayuntamiento. Además, para determinar dicho umbral, lo importante es el objeto, no el sujeto que realiza las prestaciones. En este sentido, el hecho de que se cambie de sujeto proveedor una vez alcanzado el umbral no posibilita la adjudicación de un nuevo contrato menor por servicios de montaje con distinto proveedor (en ocasiones se observó que se realizaba un cambio de proveedor al alcanzar el umbral del contrato menor), pues la identidad del adjudicatario es indiferente si el contrato obedece al mismo fin.

27. En conclusión, estaremos ante un caso de fraccionamiento irregular cuando se divida o trocee el objeto del contrato con el fin de adjudicar mediante la modalidad establecida para el contrato menor y eludir la tramitación mediante el resto de procedimientos recogidos en la LCSP⁵.

28. Mención específica merece la salvedad contemplada en la LCSP para el supuesto de los contratos de obra. El artículo 13.3 de la LCSP establece que podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación⁶.

Se trata de una flexibilización inicialmente prevista y que aún se mantiene en la Disposición Adicional Tercera de la LCSP⁷ para los municipios de menos de 5.000 habitantes, los cuales podrían tener mayor problema para la financiación de grandes obras y, de esta manera, se permitiría su realización de manera escalonada. Desde la aprobación del texto del año 2017 se ha hecho extensiva.

4.2 Recurrencia y concatenación de contratos

29. Reiteramos que el empleo de esta modalidad contractual encuentra su justificación en tanto que resulta necesaria para dar rápida respuesta a necesidades excepcionales de escasa cuantía, de ahí la ponderación entre la necesidad y la merma de los principios que rigen la contratación pública. Por ello, no puede utilizarse cuando se trate de la provisión de bienes, obras y/o servicios que sean recurrentes en el ámbito del poder adjudicador.

30. Respecto a qué debe entenderse por prestaciones recurrentes, la OIRESCON en su Instrucción 1/2019, señaló que son contratos recurrentes aquellos que año tras año

⁵ No habrá fraccionamiento irregular cuando se trate de la división en lotes regulada en el artículo 99.4 de la LCSP. En estos supuestos, además, queda debidamente garantizado el cumplimiento de los principios de publicidad e igualdad de acceso a la licitación.

⁶ La JCCPE emitió informe al respecto en su Expediente 31/19. División del proyecto de obra completa en fases.

⁷ Disposición Adicional tercera LCSP: 7. En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, en los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, podrán redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas. La ejecución de cada uno de los proyectos podrá ser objeto de un contrato diferente, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 99 y 101.

responden a una misma necesidad de la entidad contratante, de modo que pueda planificarse su contratación y tramitarse por los procedimientos ordinarios⁸.

31. Así, por ejemplo, es evidente que los servicios de limpieza de la sede de una entidad local son servicios recurrentes, necesarios todos los meses del año, y año tras año. Por ello, pese a que el importe a contratar para un periodo de 12 meses, su umbral no alcanzase los 15.000 euros, no estaría permitido acudir a la contratación menor.

32. Si se contratasen dichas prestaciones mediante la modalidad del contrato menor, podría considerarse que se está fraccionando el objeto del contrato, en tanto que la duración real de la contratación, acumulada, excedería de los 12 meses⁹. Este supuesto es un ejemplo de concatenación de contratos.

33. A la misma conclusión debe llegarse cuando se trate de prestaciones que, pese a que no se deban realizar durante todo el año, su necesidad se repita todos los ejercicios, como, por ejemplo, la contratación del servicio de socorrismo para las playas en verano. En este caso, el fraccionamiento es irregular en tanto que se están contratando de manera separada prestaciones periódicas plenamente previsibles dentro de la actividad ordinaria de los poderes adjudicadores.

34. En el informe LEA/AVC 395-PROM-2019 sobre la contratación menor en los Ayuntamientos de Baños de Ebro, Elciego, Laguardia, Leza, Moreda de Álava, Navaridas, Samaniego y Villabuena de Álava, se analizaba el uso del contrato menor en la redacción de proyectos de arquitectura y de dirección de obras solicitados por dichos ayuntamientos. En el mismo el CVC señala que un contrato menor es contrario a derecho si en el momento de iniciar la tramitación del contrato se tiene conocimiento de la necesidad de contratar una prestación de carácter unitario, perfectamente definida y que tiene que llevarse a cabo año tras año, pero también si la realización del mismo, es razonablemente previsible. En los casos examinados se observaba que muchos de los contratos obedecían a prestaciones razonablemente previsibles —urbanizaciones, reparaciones, etc.— ya que en el histórico de contrataciones se repetía una constante necesidad de atender ciertos servicios de arquitectura. Se concluye que ha habido una utilización abusiva de la figura del contrato menor.

35. En el informe LEA/AVC 439-PROM-2020 sobre la Contratación menor del Ayuntamiento de Deba, se analizaba la contratación de los servicios de arquitectura realizada por el consistorio. Entre los años 2000 a 2019, el Ayuntamiento había

⁸ Resolución de 6 de marzo de 2019, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero.

⁹ A este respecto recordar que los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga (artículo 29.8 LCSP).

adjudicado 37 contratos de los cuales 17 se habían adjudicado como contrato menor y 2 a través del procedimiento negociado sin publicidad. En las conclusiones del informe se señala que las contrataciones obedecían a prestaciones razonablemente previsibles, dado que ya en el año 1996 se realizó un concurso de ideas para la construcción de un nuevo cementerio y, en muchos casos, las prestaciones estaban dirigidas a la satisfacción de dicha necesidad.

36. Así mismo, en el mentado informe LEA/AVC 479-PROM-2021, también se concluye que se ha realizado un uso abusivo del contrato menor, en tanto que su empleo se realiza de manera prolongada en el tiempo pese a que las necesidades que motivaban la contratación de los servicios no eran imprevisibles, pues, en muchos casos, se trataba de servicios recurrentes a realizar todos los años (como la cabalgata de reyes o la Azoka que se celebra todas las semanas), por lo que también se había producido una concatenación de contratos. Todo ello perfectamente remediable si se hubiese realizado una adecuada planificación de la contratación.

37. El artículo 29 de la LCSP dispone que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. En los contratos de servicios el plazo de duración resulta determinante para el cálculo del valor estimado del que depende el régimen a aplicar para su licitación y adjudicación y, como se ha comprobado en no pocas ocasiones, tras la suma de los contratos concatenados se constata que por dicha vía se han eludido las normas de contratación que obligan a emplear otros procedimientos.

38. Debe tenerse presente la necesidad de someter periódicamente a concurrencia los contratos y que aquellos de larga duración pueden obstaculizar, restringir o falsear la competencia.

39. En conclusión, la realización de contrataciones con idéntico objeto, que se repiten de forma periódica, constituye un supuesto de concatenación de contratos y, a su vez, un supuesto de fraccionamiento irregular, en tanto que dichas necesidades deben ser sometidas a licitación pública a través de los procedimientos ordinarios previstos en la LCSP.

4.3 Irregularidades detectadas por LEA/AVC

40. Tomando como referencia los casos analizados por esta entidad, a continuación se relacionan las tipologías de irregularidades en la contratación menor detectadas por LEA/AVC. Entre las mismas, se encuentran tanto el fraccionamiento del contrato como

la recurrencia o concatenación de contratos, líneas rojas infranqueables, según señalábamos. Además, se relacionan otro tipo de irregularidades:

- a) Fraccionamiento de contratos.
- b) Superación del umbral establecido por la normativa.
- c) Concatenación de contratos.
- d) Duración superior a 12 meses.
- e) Falta de documentación necesaria en expediente: informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto y la factura correspondiente.
- f) Memorias y aprobación del gasto de fecha posterior a la factura.
- g) Falta de solicitud de al menos tres presupuestos y falta de acreditación en el expediente (irregularidad solo en el supuesto en que exista instrucción de obligado cumplimiento).
- h) Ausencia de publicación trimestral en el perfil de contratante de contratos de valor estimado igual o superior a 5.000 euros, indicando objeto, duración, importe de la adjudicación y adjudicatario.

V. PLANIFICACIÓN

41. La principal recomendación a realizar, en todo caso, al tratar sobre la actividad de compra por parte del sector público, es la necesidad de realizar una adecuada planificación. Por ello, se va a tratar la cuestión en un apartado independiente. Resulta imprescindible para cualquier servicio que tenga encomendada la labor de dotar de bienes y servicios a su entidad, realizar una buena planificación de las necesidades de contratación para poder realizar una eficiente gestión de los recursos y medios a emplear.

42. Insistimos en que el empleo de la modalidad de contrato menor debe operar de manera excepcional, ante la aparición de necesidades imprevisibles que, precisamente porque no estaban planificadas, pueden ser provistas a través de un mecanismo no ordinario de tramitación, ágil y sencillo.

Ciertamente existen prestaciones que no pueden quedar descubiertas ni un solo día, como por ejemplo el servicio de suministro de comida a una residencia de ancianos, pero ello no justifica *per se* el empleo de la modalidad del contrato menor, en tanto que es notorio que dicha necesidad se mantiene inalterable mientras la residencia permanezca abierta.

43. A través de procesos sencillos como una simple consulta de las bases de datos sobre contratación de la entidad, de su gestor de expedientes, o incluso mediante la consulta previa a la finalización de cada ejercicio presupuestario a los diferentes servicios de la entidad sobre cuáles serán sus necesidades futuras a proveer mediante compra pública,

se puede obtener una relación de las necesidades a cubrir para cada ejercicio, y comenzar con su tramitación mediante los procedimientos ordinarios previstos en la LCSP, sin que las necesidades queden descuidadas en ningún momento.

44. En este sentido, la JCCPE ha señalado que la programación de la actividad contractual que vaya a desarrollar cada órgano de contratación exigida por la LCSP¹⁰ precisa del análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, *“lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley.”*

45. Respecto a la planificación y programación de la actividad contractual se puede consultar la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia: planificación de la contratación*, de la CNMC. En la misma se señala que una buena planificación de las necesidades recurrentes permitiría adjudicarlas mediante procedimientos más adecuados, debidamente publicitados y abiertos a la concurrencia, lo que conlleva 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.

46. En cuanto a la problemática específica de las entidades locales de dimensiones reducidas, que no cuentan con recursos materiales ni personales suficientes, puede resultarles más problemática la tramitación de procedimientos ordinarios de tramitación, pero, tal y como se indica en la exposición de motivos de la LCSP, la norma ha dotado de nuevos instrumentos ágiles y eficientes de contratación, que permiten satisfacer de manera relativamente sencilla las necesidades hasta determinada cuantía, respetando los principios que deben regir la compra pública.

47. Por tanto, se considera que la vía del procedimiento abierto simplificado abreviado constituye una alternativa adecuada a emplear frente al contrato menor.

¹⁰ Informe nº 14/2020, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

48. Cuando esto no sea factible para los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, podrán optar por concertar convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión de los procedimientos de contratación a otras entidades, previsión contemplada en la LCSP¹¹.

VI. COLUSIÓN Y CONTRATO MENOR

49. En un informe sobre contratación menor y competencia no podemos dejar de abordar los riesgos de colusión que entraña esta modalidad contractual, incluso en los supuestos en que la tramitación del expediente no haya sido irregular por parte del servicio encargado de su tramitación.

50. En no pocas ocasiones las autoridades de defensa de la competencia han constatado cómo operadores económicos han realizado prácticas anticompetitivas y se han repartido contratos en el ámbito de expedientes tramitados bajo esta modalidad contractual.

51. La infracción más frecuentemente realizada por los operadores económicos en el ámbito de la compra pública son los acuerdos colusorios. Dichas prácticas están tipificadas en el artículo 1 de la LDC donde se prohíbe *todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*
c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

52. Estos acuerdos colusorios contrarios al derecho de la competencia, comúnmente denominados *bid rigging*, consisten en acuerdos realizados entre potenciales competidores para manipular y amañar las licitaciones. Los licitadores en vez de competir y presentar sus ofertas de manera independiente y autónoma conspiran para falsear la competencia, aumentar los precios, reducir la calidad, etc.

53. Estas prácticas suelen adoptar diferentes formas, pero tienen un único objetivo, maximizar sus beneficios de forma ilegítima y artificial en perjuicio del interés general. Entre otras comprenden:

- Acuerdos de precios
- Reparto de mercado
- Rotación de ofertas
- Ofertas de cobertura

¹¹ Disposición adicional segunda LCSP. Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales.

- Retirada de ofertas
- Subcontratación
- Intercambio de información
- Combinaciones de las anteriores

54. La manipulación de la contratación pública es una práctica colusoria especialmente dañina para la sociedad por el impacto directo que tiene en los recursos públicos, en la calidad y en la innovación de los servicios a prestar.

6.1 Ofertas de cobertura

55. Se entiende por ofertas de cobertura aquellas ofertas presentadas en una licitación por operadores que forman parte del acuerdo colusorio con el objetivo de aparentar que existe una competencia efectiva, pero que no tienen opción de resultar adjudicatarias de la licitación. Entre los operadores existe el acuerdo previo de cómo conformar las ofertas para que la adjudicación recaiga en el operador previamente elegido por ellos, quien presentará la mejor oferta y, por tanto, resultará adjudicatario.

56. En el expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS, iniciado por LEA/AVC en la CAE y posteriormente asignado la CNMC se impusieron multas por 5,87 millones de euros a 22 empresas de servicios de consultoría, por una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, constitutiva de cártel. En el expediente se acreditó que las empresas manipularon licitaciones públicas durante al menos 10 años.

Su *modus operandi* se basaba en solicitar ofertas de cobertura para evitar competir y que una de las empresas resultase adjudicataria. Un elevado número de administraciones se vieron afectadas por estas prácticas fraudulentas¹².

57. Generalmente, se trataba de contratos negociados sin publicidad, en los que la administración invitaba a un número reducido de empresas para que presentasen sus

¹² En total, la CNMC analizó 200 contratos públicos celebrados en los años en que se acredita la conducta.

En el caso del cártel de la red de colaboración norte se vieron afectadas al menos 101 licitaciones de, entre otros: los Ayuntamientos de Bilbao; Santander; Sestao; Barakaldo o Vitoria; diversos Departamentos del Gobierno Vasco y del Gobierno de Cantabria; la Junta de Castilla y León; el Puerto de Bilbao o la Diputación Foral de Vizcaya.

En el cártel de la red nacional, la manipulación afectó a 72 licitaciones convocadas, entre otros por: el Ministerio de Hacienda; el Ministerio de Trabajo e Inmigración; el Ministerio de Economía; la Comunidad de Madrid; la Generalitat Valenciana; las Diputaciones de Cádiz y Sevilla; la Juntas de Extremadura y Andalucía; la Generalitat de Cataluña; el Gobierno de Canarias o el Gobierno de las Islas Baleares.

ofertas en competencia, si bien también se acredita la manipulación y presentación de ofertas de cobertura o acompañamiento en expedientes tramitados como menores.

A través de las “ofertas de cobertura” una de las consultoras invitada a participar en el concurso contactaba, de manera habitual, con otras empresas de su red de colaboración, que sabía que también participarían, y les solicitaba que presentaran una oferta perdedora o, simplemente, que declinaran la invitación para participar en el proceso. En ocasiones incluso, la propia consultora que pedía la cobertura elaboraba las ofertas de sus supuestos competidores o preparaba la carta de renuncia a la invitación.

58. Mediante este sistema, de forma continuada, se elevaron los precios que pagaba la administración por los servicios de consultoría, se limitó el incentivo a la mejora en la calidad de los servicios y se impidió la participación de competidores ajenos a los cárteles en los procesos de licitación. Estas conductas impactaron de lleno en el erario público al ser contratos que se sufragan vía presupuestos.

59. La detección de casos de colusión en la contratación del sector público sin denuncia previa que aporte indicios o pruebas es muy complicado, y dicha dificultad es aún mayor si su ámbito comprende los contratos menores, debido a la escasez de documentación que conforman dichos expedientes y a la falta de transparencia.

60. Pese a lo señalado, existen medios que pueden ser empleados para detectar posibles indicios de colusión también en esta tipología de expedientes y, en su caso, poner en marcha los mecanismos de defensa de la competencia, como se expondrá a continuación.

6.2. Subcontratación y facturas cruzadas

61. Si bien la LCSP permite la subcontratación de empresas, bajo determinadas condiciones y casuística, por lo que se trata de una figura lícita, en ocasiones esta figura ha sido empleada como herramienta de reparto de contratos entre competidores.

62. Principalmente consiste en el acuerdo en que los operadores presentan sus ofertas de manera independiente con el compromiso de que quien resulte adjudicatario subcontratará la realización de parte de las prestaciones al otro, de tal forma que quienes participan en el acuerdo resultan beneficiados.

63. Dada la ausencia de información respecto a la subcontratación en los contratos menores resulta especialmente complicado su detección. Así, si en los procedimientos ordinarios de contratación resulta obligatorio indicar las prestaciones que se pretenden

subcontratar, no se señala nada al respecto en la regulación del contrato menor, por lo que el expediente carece de dicho dato.

64. En el expediente referido al Ayuntamiento de Hondarribia LEA/AVC analizó las declaraciones de terceros realizadas por varias empresas competidoras, junto con las facturas cruzadas emitidas entre ellas¹³, tras lo cual se observó que en algunas ocasiones se prestaban servicios las unas a las otras. Tal y como se razonó en dicho informe: *Dicho hecho per se no es concluyente de ninguna actuación contraria a la normativa de contratación ni de competencia, pues podría tratarse de supuestos de subcontratación que, además, en los casos de contratación menor ni está prohibido ni sometido a ninguna regulación específica que exija su formalización o comunicación. Sin embargo, debe prestarse especial atención a que la subcontratación no sea empleada como vía para instrumentar conductas colusorias entre empresas competidoras.*

65. No obstante, no deja de resultar paradójico que se realice una adjudicación directa a una empresa mediante contrato menor, la cual debe contar con la capacidad y solvencia suficiente para realizar las prestaciones, y ésta subcontrate los servicios adjudicados a otra.

6.3. Vinculaciones entre empresas

66. Otro supuesto de falta de competencia que se puede dar en la tramitación de los contratos menores es cuando se solicita más de una oferta, pero las empresas supuestamente competidoras realmente están vinculadas entre sí. En estos supuestos si bien existe cierta apariencia formal de competencia, realmente no la hay.

67. En el repetidamente mencionado expediente del Ayuntamiento de Hondarribia se comprobó que en algunos casos las empresas adjudicatarias habituales estaban vinculadas a través de su cargo directivo, quien era administrador único de tres de las empresas y socio único de dos de ellas, por lo que al realizar el sumatorio de los importes

¹³ Una forma de obtener información e indicios de posible colusión en dichos contratos es acceder a la información que proporciona la declaración anual de operaciones con terceros. Según establece la normativa tributaria, los empresarios y profesionales que desarrollen actividades económicas están obligados a presentar el modelo 347, Declaración anual de operaciones con terceros, cuando respecto a otra persona o entidad hayan realizado operaciones que en su conjunto hayan superado la cifra de 3.005,06 € (IVA incluido) en el año natural al que se refiera la declaración https://sede.agenciatributaria.gob.es/Sede/ayuda/manuales-videos-folletos/manuales-practicos/folleto-actividades-economicas/8-declaraciones-informativas/8_2-declaracion-anual-operaciones-terceros-347.html

adjudicados a empresas vinculadas por su administrador único y/o socio único, el número de contratos adjudicados a un único grupo de empresas era aún superior.

68. Hechos como el supuesto analizado relacionados con la contratación menor y los servicios de montaje del Ayuntamiento de Hondarribia, en el que las prestadoras habituales de los servicios hayan sido empresas que, en algunos supuestos se encuentran vinculadas y, en otros, acuden a la subcontratación entre ellas, tiene como consecuencia que la competencia se haya visto, si cabe, aún más reducida de lo que ya es cuando se acude a la contratación menor.

VII. CONCLUSIONES

69. La contratación menor es una herramienta que facilita mucho la labor del personal que tiene encomendada la realización de funciones de compra pública, en tanto que permite proveer las necesidades de la entidad empleando menos tiempo y recursos, que con la tramitación de los procedimientos ordinarios recogidos en la LCSP.

70. Si bien de conformidad con los requisitos recogidos en la LCSP para su tramitación la contratación directa sería factible, debe tenerse presente que los principios recogidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que se encuentra la salvaguarda de la libre competencia, deben inspirar cualquier procedimiento de compra pública, por lo que la renuncia a la tramitación de un procedimiento sin concurrencia debe quedar debida y suficientemente motivado en los expedientes.

71. En este sentido, es indispensable hallar el equilibrio entre eficiencia procedimental (recursos y tiempo) y la salvaguarda de los principios de concurrencia y libre competencia en el ámbito de la contratación menor.

72. El uso abusivo del contrato menor trae como consecuencia directa cierre de mercados por periodos de tiempo prolongados durante el cual los potenciales operadores que habiendo podido estar interesados no han tenido ocasión de acceder.

73. La falta de concurrencia y competencia no sólo perjudica el funcionamiento competitivo de los mercados, sino también a la entidad local licitadora y, por lo tanto, a los ciudadanos. Los recursos económicos empleados provienen del erario público, y dado que la falta de competencia se traduce habitualmente en precios más elevados y prestaciones de peor calidad, con mucha probabilidad se abonarán unos precios más elevados, recursos que no podrán ser empleados en otras políticas públicas, y los usuarios, recibirán unos servicios de peor calidad.

Por ello, resulta necesario insistir en la necesidad de favorecer la concurrencia en estos procesos y evitar el establecimiento de restricciones que la limiten injustificadamente la posibilidad de presentar ofertas.

74. Por último, nos gustaría destacar que en LEA/AVC se reciben un número considerable de quejas sobre asuntos de contratación menor en las diferentes administraciones. Son cuestiones sobre las que los órganos administrativos de recursos contractuales no tienen legitimación para conocer y que, a priori, son temas menores para la autoridad de competencia. El único recurso en este caso sería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

VIII. ANEXO

DECALOGO DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN MENOR

Observación: algunos de los apartados consisten en recomendaciones realizadas desde un punto de vista de promoción de la competencia efectiva en la contratación menor, y no de pautas de obligado cumplimiento de conformidad con la normativa contractual.

La salvaguarda de la libre competencia es un principio inspirador de la normativa de contratación pública que asegura que los poderes adjudicadores obtengan bienes y servicios con la mejor relación calidad precio, beneficios que serán trasladados al conjunto de la sociedad, de ahí la trascendencia de la tramitación de procedimientos que salvaguarden dicho principio.

DECÁLOGO DE BUENAS PRÁCTICAS

PRIMERA.- Antes de comenzar la tramitación del expediente de contratación debe acreditarse la existencia de la necesidad a satisfacer. La necesidad, que constituirá el objeto del contrato, debe ser determinada de manera clara y precisa, y deberá incorporarse al expediente.

SEGUNDA.- A la vista de las necesidad a satisfacer, deberá comprobarse si el umbral de gasto previsto se encuentra dentro de los límites para el contrato menor; valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o inferior a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

Para obtener información sobre el precio estimado se pueden analizar contratos similares adjudicados por otros poderes adjudicadores.

TERCERA.- Debe verificarse que no se hayan adjudicado más contratos con el mismo objeto cuya suma supere el importe permitido para la contratación menor. Debe verificarse que no existe fraccionamiento durante el periodo de 12 meses.

CUARTA.- No deben contratarse prestaciones recurrentes o previsibles (como servicios de limpieza de instalaciones, telefonía, mantenimiento de ascensores, etc.). Consultar en el registro de contratos qué prestaciones se repiten año tras año.

QUINTA.- Tras comprobar que se cumplen los requisitos para acudir al contrato menor, el órgano de contratación firmará la memoria de necesidad, en la que se indicará expresamente que no se está alterando el objeto del contrato al objeto de eludir las reglas de contratación y se adjuntará al expediente.

SEXTA.- Para poder presentar su mejor oferta las empresas deben saber con precisión cuáles son las necesidades a satisfacer, por ello, debe detallarse de la manera más clara posible qué se necesita, de manera transparente objetiva y de manera neutra en cuanto a marcas, etc.

SÉPTIMA.- La petición de ofertas se debe realizar a empresas cuya solvencia y capacidad haya sido previamente constatada mediante su comprobación en el registro de contratistas.

OCTAVA.- La petición se realizará mediante el empleo de medios electrónicos que permitan acreditar su remisión. Se realizará a un número suficiente de empresas (mínimo tres), a quienes se les enviará en la misma fecha y hora, otorgándoles el mismo plazo para su contestación para garantizar el principio de igualdad de trato. No deberá informarse a las empresas de a quiénes se ha solicitado oferta, para evitar *bid rigging*.

Como alternativa a la petición de individualizadas de ofertas, se recomienda la publicación de manera abierta de la petición de ofertas en el perfil del contratante.

NOVENA.- Se deberán archivar todas las ofertas recibidas y elaborar un informe técnico de valoración de las mismas con una propuesta para el órgano de contratación.

DECIMA.- La adjudicación del órgano de contratación deberá ser motivada, específicamente si la adjudicación no recae sobre la oferta más barata, y deberá publicarse en el perfil del contratante correspondiente. El resto de empresas participantes deben ser informadas sobre la adjudicación. En caso de indicios de



colusión, deberá comunicarse a la autoridad de competencia correspondiente (132.3LCSP y 150 LCSP, este último aún no está en vigor).