



JORNADA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA UNIDAD FUNCIONAL, LAS PRESTACIONES PERIODICAS Y
EL FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO

Alicante, 21 de enero de 2019
Teresa Moreo Marroig

Regla general

Artículo 99.2 de la LCSP

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.

No es posible dividir en varios contratos una única unidad funcional, salvo a través de lotes.

Materia prima para analizar la cuestión

- ✓ Artículo 28 LCSP (definición de las necesidades a cubrir y obligación de programar)
- ✓ Artículos 13 a 18 LCSP (calificación correcta del contrato)
 - ✓ Artículo 101.6 (concepto de unidad funcional orgánica)
- ✓ Artículo 101 LCSP. (método para el cálculo del valor estimado del contrato)
 - ✓ Concepto de unidad funcional operativa
 - ✓ Jurisprudencia y doctrina

El artículo 99.2 de la LCSP, donde se contiene la prohibición de fraccionar, no puede entenderse debidamente sin la correlativa lectura del artículo 28, Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, y del artículo 101, Cálculo del valor estimado de los contratos.

¿Qué se entiende por unidad funcional?

La unidad funcional y su doble cara. La agregación y desagregación del objeto del contrato.

Dos conceptos de unidad funcional:

- ✓ Unidad funcional desde el punto de vista objetivo, operativo o material
- ✓ Unidad funcional desde el punto de vista orgánico o subjetivo

La unidad funcional operativa

Desde el punto de vista objetivo, se entiende que constituye una unidad funcional, operativa o sustancial, aquellos elementos que son complementarios e inseparables porque guardan una relación entre sí que hace que cada uno sea imprescindible para la obtención del resultado que se pretende con el contrato. La vinculación debe ser material, no subjetiva ni formal.

STJUE 15 marzo 2012. Los servicios de arquitectura necesarios para la renovación del edificio público Autalhalle (104.000 en 2008, 90.000 en 2009, 97.000 en 2010) constituyen una unidad desde el punto de vista funcional y económico y deberían haberse licitado como un solo contrato, dado que su objeto viene determinado por la obra que presentaba un carácter unitario. El VEC se debía haber calculado comprendiendo el total (291.000), sin que las razones presupuestarias que invoca la República Alemana sean aceptadas.
El contrato se fraccionó artificialmente y se adjudicó sin anuncio en DOUE.

La obra es un ejemplo ilustrativo

Se define en la LCSP como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble. Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por ésta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente.

En el contrato de obras, el proyecto constituye el eje fundamental sobre el que descansa el concepto de obra completa en cuanto que en él se definen el conjunto de actuaciones necesarias para que el bien inmueble pueda cumplir con el fin público previsto para el mismo. Este principio general de completitud del objeto del contrato solamente cede ante la división en lotes, porque en estos casos el valor estimado del contrato, cuya razón de ser es ser el determinante para la selección del procedimiento, se va a calcular teniendo en cuenta el valor global estimado de la totalidad de los lotes.

Tratamiento que debe darse al supuesto de contrato de obras. Art.13.3 y DA 3ª LCSP

NOVEDAD

Permite que se contraten obras definidas mediante proyectos **independientes** relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que éstas 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.

¿Cómo calcular el VEC?

Interpretación sistemática y teleológica: en estos casos, para calcular el VEC, se estará al **valor global de todas las partes de la obra.**

JCCA Estado . Informe 1/18. VEC debe calcularse teniendo en cuenta el valor acumulado de todas

La agregación y desagregación del objeto del contrato

1 unidad funcional operativa  1 objeto

Contrato mixto (Art. 18 y 34 LCS) Fusión de prestaciones de diferentes contratos que mantienen una relación de complementariedad que exige su tratamiento de unidad funcional operativa.

En consecuencia, no es posible su licitación de manera independiente.

Solamente se admitirá su división en lotes.

Lotes (art. 99.3 LCSP) Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permita y salvo excepciones debidamente justificadas, deberá preverse la realización independiente de cada una de las partes del objeto del contrato mediante su división en lotes.

¿Hasta dónde alcanza este concepto de unidad funcional operativa?

¿Se podría llegar a pensar que todas las necesidades de una Administración, en un determinado sector, se deben tratar como unidad funcional y, en consecuencia, no es posible licitarlas de manera separada sino que se deben reunir en un contrato mixto?

¿Hasta dónde alcanza este concepto de unidad funcional?

EL Tribunal Administrativo de recursos contractuales de Andalucía, en su **Resolución 220/2015, de 10 de junio**, analiza la relación de complementariedad que permite la licitación de un solo contrato mixto cuyo objeto es el suministro de radiofármacos, así como el servicio de gestión de residuos radiactivos generados por dicha actividad y de mantenimiento del equipamiento e instalaciones de las radiofarmacias de los hospitales del Servicio Andaluz de Salud.

El pliego fue impugnado por la entidad Instituto Tecnológico PET, S.A, invocando que esta forzada licitación conjunta restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones y en consecuencia vulnera la libre competencia.

El Tribunal, tras analizar la relación de complementariedad entre todas las prestaciones que componen el contrato mixto, concluye que constituyen una unidad funcional.

Lo que no dice el tribunal es si, *a sensu contrario*, licitar estas prestaciones, que ahora se reúnen en un contrato mixto, de manera independiente supondría un fraccionamiento ficticio del objeto del contrato.

Art.101 LCSP. Cálculo del valor estimado del contrato

- ✓ **Importancia del método para calcularlo.** Del resultado de su cálculo dependerá la calificación que se le dé al contrato y, en consecuencia, el régimen jurídico a aplicar para su licitación y adjudicación.
- ✓ El método **debe figurar en el PCAP.**
- ✓ Si bien del tenor literal de la ley se desprende que esta obligación se refiere exclusivamente al método utilizado y no al desglose, **debemos evitar que se convierta en una cláusula de estilo.**
- ✓ El expediente se debería completar con **un informe sobre el modo ordenado y sistemático de llegar a este resultado que reúna los requisitos de razonabilidad y racionalidad.**

Cálculo del valor estimado del contrato de prestaciones periódicas

Art. 101.10. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

- a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.
- b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.

Ejemplos: cálculo teórico del valor estimado del contrato de prestaciones periódicas

I/-Contrato de servicio de limpieza Ayuntamiento de Banyalbufar para el ejercicio 2019

Importe de los contratos adjudicados durante el ejercicio 2018 (art. 101.10 LCSP)

Contrato con la empresa ABC. Precio adjudicación 6.000€, más IVA

Contrato con la empresa XYZ. Precio adjudicación 7.000€, más IVA

TOTAL 13.000€, más IVA

VEC contrato 2019 = 13.000 x 2.5% (incremento convenio colectivo) = 13.325€ (dentro del umbral del contrato menor)

II/- Contrato de servicio de limpieza consejería de Cultura de la CAIB para el ejercicio 2019

Importe de los contratos adjudicados durante el ejercicio 2018 (art. 101.10 LCSP)

Contrato con la empresa ABC. Precio adjudicación 99.000€, más IVA

Contrato con la empresa XYZ. Precio adjudicación 110.000€, más IVA

TOTAL 209.000€, más IVA

VEC contrato 2019 = 209.000 x 2.5% (incremento convenio colectivo) = 214.225€ (contrato no SARA)

Las exigencias legislativas son menores que las doctrinales

A modo de ejemplo, contratos menores:

A pesar de que se presentaron enmiendas en este sentido durante la tramitación parlamentaria de la LCSP*, nada dice el legislador en cuanto a que el uso de los contratos menores tendrá un carácter excepcional y se aplicará solamente para necesidades puntuales y esporádicas, cuando sea imposible acudir al procedimiento simplificado.

- * Enmienda 102, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y Enmienda 581, del Grupo parlamentario socialista.

Las exigencias doctrinales son mayores que las legislativas

CONTRATOS MENORES

Aún siguiendo las reglas del artículo 101.10 para calcular el VEC, la contratación menor sería más propia de la satisfacción de necesidades puntuales que periódicas.

En contra de la utilización del contrato menor para prestaciones periódicas:

- ✓ JCCA Baleares Inf. 1/2009.
- ✓ JCCA Cataluña Inf. 14/2014)
- ✓ JCCA Andalucía Inf. 2/2016
- ✓ JCCA Canarias Inf. 8/2016
- ✓ Dictamen nº 128/2016, de 21 de abril, del Consejo Consultivo de Canarias
- ✓ Tribunal de Cuentas, Inf. Nº1039, de 26 de junio de 2014, nº 1151/2016, de 27 de abril de 2016 y nº 1.189, de 22 de diciembre de 2016.
- ✓ La Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, Inf. de 30 de octubre de 2014.

Art.101.6 LCSP: Unidad funcional desde el punto de vista orgánico

Para el caso de que el órgano de contratación esté compuesto por diferentes unidades funcionales, que no son en sí órganos de contratación, **se permite fragmentar el VEC si ocurre que:**

*La unidad funcional cuente con **financiación específica**, sea **responsable de manera autónoma** respecto a la contratación o de determinadas categorías de ella y **actúe con competencia** respecto a la adjudicación del contrato.*

INTERPRETACION SECUNDUM DIRECTIVAM

DCP Considerando 20

Estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone.

No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.

¿Cómo lo han interpretado las juntas consultivas?

El tema se estudia para la aplicación de la regla de incompatibilidad del art. 118.3 (contratos menores) y llegan a soluciones diferentes.

- ✓ Andalucía Informe 6/2018: Proyectos de investigación diferenciados en el seno de las fundaciones científicas. El Investigador principal agente clave en el proceso de ejecución de compras. La Junta entiende que las referencias al órgano de contratación que hace el artículo 118.3 deben ser entendidas a aquellos órganos que ejerzan la competencia directamente o por delegación, siempre que gestionen de manera autónoma partidas presupuestarias con exclusividad.
- ✓ Estado Informe 9/2018: Ayuntamiento de Málaga. 7 áreas de gobierno. La Junta considera que la unidad funcional debe tener competencia propia.
- ✓ Canarias. Informe 1/2018: Sin referirse directamente a unidades funcionales concluye “El termino “órgano de contratación” exige que ostente la titularidad de la competencia”.

Jurisprudencia del TJUE

STJCE 5 de octubre de 2000. Comisión Contra Francia Obras de electrificación y alumbrado público de la Vendée. Fraccionamiento artificial de la obra.

Analiza la unidad funcional desde el punto de vista material y desde el punto de vista orgánico.

Sobre la imputación basada en el fraccionamiento artificial de la obra en lo relativo a los **trabajos de electrificación** que se adjudicaron por cada mancomunidad, el Tribunal considera que existen factores importantes que aconsejan agrupar a nivel departamental los contratos controvertidos. Los factores son que dichas redes son interconectables y que, consideradas en su conjunto, cumplen una misma función económica y técnica, consistente en transportar y vender a los consumidores del departamento de la Vendée la energía eléctrica que produce y suministra Électricité de France. Además la continuidad territorial de las redes, la simultaneidad de los programas de ejecución de las obras, la idéntica descripción de las obras en los correspondientes anuncios de licitación y la coordinación de conjunto que llevó a cabo el Sydev. Aun cuando, por razones de orden administrativo, las mancomunidades municipales de la Vendée tengan la responsabilidad de las redes de distribución de electricidad de baja tensión en los territorios de los municipios que forman parte de dichas mancomunidades, este factor no puede ser determinante.

Fraccionamiento indebido, ilegal, ficticio o artificial

Son denominaciones sinónimas que se dan al hecho de fraccionar indebidamente el objeto, dividiendo su unidad funcional con la intención de eludir trámites y requisitos, para tramitar y adjudicar varios contratos de manera independiente, a uno o varios operadores económicos. (Teoría de la causa)

La carga de la prueba de quien invoca el fraccionamiento, consistirá en demostrar que se ha producido una contratación independiente, en un espacio de tiempo reducido, de diversos elementos que constituyen una sola unidad operativa o funcional, que obedecen a una misma causa y que, además, con ello se eluden procedimientos, trámites preceptivos, controles, publicidad,...etc., resultando irrelevante la identidad de partes.

La nueva regulación del artículo 118.3 oscurece la precaria y difícil teoría de la causa porque asocia el fraccionamiento ilícito a la incompatibilidad para ser adjudicatario de un contrato menor. A mayor abundamiento, el sistema de control financiero no se organiza en torno a la causa sino en torno al NIF del contratista.

Prestaciones periódicas y contrato menor

Se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si, el órgano de contratación en el momento de iniciar la tramitación de este contrato tiene conocimiento cierto (o lo podría tener si aplicara los principios de programación y buena gestión) de las necesidades de contratar una prestación determinada perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar ni se adivina una sustancial variación del mercado, ni le afecta los avances de la ciencia y, además, se debe llevar a cabo año tras año por responder a necesidades continuadas en el tiempo, y, a pesar de ello se tramitase el contrato menor eludiendo las normas de publicidad y procedimiento.

Posibilidades que la LCSP ofrece para mejorar

Acuerdos marco (AM) y sistemas dinámicos de adquisición (SDA)

Cuando se habla de AM se refiere a un acuerdo entre el órgano de contratación y varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado.

Resulta de gran utilidad para obras, servicios o suministros que resulta difícil prever cuando y cuantos van a ser necesarios. (mantenimiento de edificios, mantenimiento de aires acondicionados, pequeñas obras de reparación, informática, etc.)

El AM tendrá un valor máximo estimado (calculado en función de los contratos basados que se prevén) que decidirá el procedimiento que se debe utilizar para su adjudicación, de entre los previstos en la LCSP.

Adjudicado y formalizado el AM, la contratación basada se tramita de manera muy simple y rápida.

Central de compras

Adherirse a una central de compras que vaya a adjudicar un AM.

Contratos según necesidades

Licitación un contrato tradicional a precios unitarios y según necesidades de la Administración. (Disposición adicional 33 de la LCSP)

Repositorio de jurisprudencia

Alejandro Nieto: Las leyes sin los hechos, son inertes y solamente cuando se aplican a hechos concretos se encarnan, se hacen carne y .habitan en las sentencias, que son la solución jurídica a los conflictos.

TJUE

Sentencia de 5 de octubre de 2000. Fraccionamiento contrato obras.

Sentencia de 15 de julio de 2010. Fraccionamiento contrato de servicios de planes de pensiones de empleo.

Sentencia de 15 de marzo de 2012. Fraccionamiento de un contrato de servicios de arquitectura.

Sentencia del Tribunal General de 11 julio 2013. Saneamiento de Zaragoza. Fraccionamiento.

TRIBUNALES ESPAÑOLES

TS. Sentencia num. 98/2018 de 29 enero

TSJ de País Vasco. Sentencia num. 427/2015 de 14 octubre

TSJ del Principado Asturias, de 6 de mayo de 2014, condena por prevaricación por fraccionar los contratos de 81 monolitos para señalar fosas de víctimas de la Guerra Civil.

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

TARC Central. Resolución nº 571/2016. Festival Internacional de Cine de Valencia-Cinema Jove. Se licitó conjuntamente y el Tribunal lo anuló. Posteriormente por razones de urgencia se tramitan más de 30 contratos menores. En este caso, el Tribunal consideró que algunas prestaciones eran de naturaleza similar y otras no.

TARC Madrid. Resolución 4/2017. La intencionalidad no es determinante de la identificación del fraccionamiento del contrato,

Repositorio de doctrina

- ✓ COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA INFORME 2/2016: El contrato menor permite una simplificación sustancial del procedimiento contractual y su uso debe ser restrictivo para atender necesidades puntuales de bajo importe y duración determinada y no para necesidades continuadas.
- ✓ COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA INFORME 6/2018: Concepto de unidad funcional orgánica. Otros.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DE ARAGÓN. Informe 1/2017, de 1 de febrero. Objeto de los contratos públicos. Delimitación: Contenido y límites. El fraccionamiento de los contratos.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DE ARAGÓN. Recomendación 1/2011, de 6 de abril, relativa a distintas cuestiones, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DE BALEARES. Informe 1/09, de 30 de julio de 2009. Fraccionamiento del objeto de un contrato. Contrataciones sucesivas de prestaciones análogas o similares.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DE BALEARES. Informe 4/10, de 29 de octubre. Contratos menores. Principios generales. Fraccionamiento.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DE CANARIAS. Informe 1/2018. Unidad funcional orgánica.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 1/2018. Obras separadas. DA 3ª.7
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 12/2015. Fraccionamiento del objeto
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 7/12, de 7 de mayo de 2013. Varios contratos para la Cabalgata de Reyes. La LCSP no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta si entre ellas no existe un vínculo. Puede celebrarse varios contratos menores de servicios y suministros siendo evidente que los diferentes contratos menores suscritos van destinados a la realización de un único evento.

Repositorio de doctrina

- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 16/09, de 31 de marzo de 2009. «Contratación de carteles por los que se instrumenta la publicidad de obras financiadas con el Fondo Estatal de Inversión Local. Permite la división.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 31/12, de 7 de mayo de 2013. “Posibilidad de realizar un conjunto de obras sin consideración de fraccionamiento. No es posible dividir, ni siquiera en lotes.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Expediente 39/18 Posible fraccionamiento del objeto del contrato en contratos de campañas publicitarias. Parece que no hay una sola unidad operativa funcional y se puede dividir. Hay que ir caso a caso.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO Expediente 9/18 Interpretación del artículo 101 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sobre el concepto de unidades funcionales. No cabe delegación.
- ✓ JUNTA CONSULTIVA DEL ESTADO. Informe 39/14, de 26 de febrero de 2015. Posibilidad de celebrar contratos con objeto doble (la redacción de proyectos de obras y la dirección facultativa de las mismas). Supuesto de contratación conjunta legalmente admisible.
- ✓ SINDICATURA DE COMPTES DE LA GENERALITAT VALENCIANA. Guía orientativa sobre los incumplimientos significativos. Análisis sobre la regulación del fraccionamiento de los contratos. Actualizado el apartado 2.8. Situaciones posibles de fraccionamiento el 07/05/2014.

Gracias por vuestra atención

tmoreo@interven.caib.es