



Expediente 14/20.

Materia: Fraccionamiento de los contratos y otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Asociación de Empresas Gestoras de los Transportes Urbanos Colectivos (en adelante, ATUC) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Pregunta 1.-

a) Dadas las características de los contratos menores, y la limitación de su duración máxima al periodo de un año, ¿cabe repetir en ejercicios sucesivos prestaciones idénticas mediante un contrato menor?

b) El artículo 99 de la LCSP establece que: “cuando el órgano de contratación pretende contratar una obra, suministro o servicio para satisfacer una determinada necesidad existiendo una única finalidad técnica y económica de las diferentes prestaciones que se contratan, la licitación ha de efectuarse en un único procedimiento, el cual podrá en su caso dividirse en lotes”; para determinar la necesidad de ese único procedimiento y de una única finalidad técnica y económica se utiliza el concepto de “unidad funcional”. Por su parte el artículo 101 de la misma LCSP: dice en su número 4: “La elección del método para calcular el valor estimado (del contrato) no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan”.

Sin embargo éste, el de unidad funcional, es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación al caso concreto produce dudas a los responsables de contratación de las entidades asociadas que pertenecen al Sector Público; por lo tanto se solicita de la



JCCPE informe sobre las pautas y criterios a aplicar en cada contrato concreto para determinar si hay o no fraccionamiento indebido del mismo y concretamente cuales son estas pautas y criterios a aplicar para considerar que existe una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responde a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, en cuyo caso podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, calculando también de forma independiente su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

Pregunta 2.- El artículo 119 de la LCSP establece que para que un procedimiento de contratación pueda tramitarse con carácter urgente, con la reducción de plazos y otros aspectos que tal tramitación tiene aparejada, es necesario que exista una necesidad inaplazable; en tal sentido, ¿Qué criterios es preciso tener en cuenta para definir una necesidad a contratar como inaplazable?

Pregunta 3.- Hay entidades que son poderes adjudicadores, que vienen obligados a adquirir repuestos a proveedores que tienen derechos de exclusiva, por esta razón, o por razones de seguridad; naturalmente estas adquisiciones son repetitivas, si bien en muchos casos el contrato no excede de un valor de 15.000 en cada ejercicio económico. Como en el caso de las preguntas anteriores, estas entidades están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y en lo procedente de la Directiva 2014/24/UE de contratos públicos. En tales supuestos hacemos dos primeras preguntas:

a) ¿Es preciso licitar cuando se trata de un repuesto exclusivista y que por asuntos de exclusiva o de seguridad no se puede cambiar el mismo?, ¿o se puede adquirir directamente al exclusivista?

b) En tal caso, a la vista de lo dispuesto en el artículo 318 apartado a) de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), (“En la adjudicación de contratos no sujetos a



regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones: a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato”), ¿Se podría adjudicar mediante este procedimiento siempre que en cada ejercicio económico anual el valor del suministro concreto no supere el valor de 15.000,00€?

En el caso de que esa respuesta fuera negativa, o para el caso de que el valor del contrato sea superior a 15.000 euros, hacemos las siguientes preguntas

c) ¿Cabría realizar las adjudicaciones a través de un Acuerdo Marco?

d) ¿Sería una herramienta aceptada para tales adquisiciones la utilización del contrato de suministro en función de necesidades de la Disposición Adicional 33 de la LCSP?

e) ¿Se podría utilizar un sistema de clasificación propio permitido por el Capítulo II, del Título II del Libro I del Real Decreto Ley 2/2020 que ha transpuesto la Directiva 2014/25/UE, figurando como uno de los criterios para la clasificación del proveedor la acreditación de los derechos de exclusiva?

Pregunta 4.- ¿Cuál debería ser el desglose detallado de un presupuesto base de licitación, con mayor detalle del establecido en el artículo 100 de la LCSP, o en el artículo 43.5 del RDL 2/2020 de 5 de 4 de febrero que transpone la Directiva 2014/25/UE?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Presidente de ATUC plantea diversas cuestiones relativas a diferentes aspectos de la participación en la contratación pública por parte de las entidades que la



integran, las cuales, como expone en su consulta, pueden ser tanto poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública como empresas privadas que actúan como licitadores.

2. La primera cuestión es doble y nos plantea, en primer lugar, si sería posible repetir en ejercicios sucesivos prestaciones idénticas mediante un contrato menor, teniendo en cuenta las características de los contratos menores y su limitación temporal a un periodo máximo de un año.

Para resolver la cuestión planteada hay que determinar cuál es el régimen jurídico aplicable y, en este sentido, procede recordar que la regulación de los contratos menores recogida en la LCSP también resulta aplicable a este tipo de entes. Efectivamente, el artículo 318 a) de la LCSP establece:

“En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

#

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.”

Como ya señalara esta Junta Consultiva en la Recomendación de 1 de marzo de 2018 resulta posible aplicar el régimen jurídico de los contratos menores a los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas. Señalamos entonces que estos contratos a que alude el artículo 318 a) de la LCSP *“coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto.”*



3. El artículo 29.8 de la LCSP indica que *“Los contratos menores definidos en el apartado primero del artículo 118 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.”* Ni esta norma ni el propio artículo 118 contienen una prohibición expresa para la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos mediante el contrato menor. Sin embargo, no es ésta la única regla que debemos tener en cuenta para poder responder a la cuestión que se nos ha planteado. El artículo 99.2 de la LCSP indica 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. Este criterio se completa con la regla que se recoge en el artículo 101 de la LCSP, apartado 4, al disponer que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan. Por tanto, lo que se contempla en la norma legal es una prohibición del fraude que supone el fraccionamiento indebido del contrato.

Esta circunstancia, como ya señalamos en nuestros informes 41 y 42 de 2018, se puede producir con frecuencia en todos aquellos procedimientos de adjudicación en que exista un umbral cuya superación obliga a aplicar normas de contratación más rígidas. Este es, sin duda, el caso de los contratos menores en que, mediante un fraccionamiento artificioso e indebido del objeto del contrato, cabría sustraer de la necesidad de licitar a ciertas prestaciones cuya periodicidad es bien conocida por el órgano de contratación. De este modo, la división temporal de la prestación puede, en ciertos casos, permitir la aplicación de un tipo de procedimiento que, si se considerase la posibilidad de celebrar el contrato por un periodo de tiempo superior, quedaría excluido. Así lo declaramos en nuestro informe 73/2018.

A la anterior consideración hay que añadir otra igualmente relevante. Como es bien conocido, el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa del contrato público. En él se limita la aplicación del principio de concurrencia de los licitadores y de su derecho a participar en las licitaciones públicas. Por esta razón, la técnica del contrato menor no puede utilizarse mediante un abuso de los supuestos en que es



factible o, dicho de otro modo, si existe la posibilidad de no dividir artificialmente la prestación para adaptarla sin necesidad a la técnica del contrato menor, sino que es factible aplicar un procedimiento más respetuoso con los principios básicos de la contratación pública, ésta debe ser la solución por la que se decida el órgano de contratación para evitar incurrir en un fraude de ley. Este criterio se encuentra recogido en diversos informes de esta Junta Consultiva como el nº 111/2018 en el que señalamos lo siguiente:

“Sobre esta materia concreta ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva (Informes 31/2012 y 86/2018 -que cita los anteriores 1/2009 y 15/2016-, entre otros) en el sentido de que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente, no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.

Como hemos visto, la finalidad de la norma no era otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales en las que la alteración indebida del objeto pretenda encubrir un fraccionamiento engañoso del contrato con la intención de disminuir su cuantía y eludir así las exigencias normativas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación fijados en la Ley.

Con base en las anteriores premisas, resulta determinante para concluir cuándo media identidad o equivalencia entre las distintas prestaciones, el concepto de unidad funcional u operativa, es decir, la existencia de un vínculo operativo entre dichos objetos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Si tal circunstancia se da, la división del contrato implicaría un fraccionamiento no justificado dado que el objeto del contrato es único.



Bajo estas premisas que constituyen nuestra constante doctrina corresponde al órgano de contratación el análisis de cada caso concreto sin que quepa ofrecer una solución única y general a la cuestión.”

A todo ello hay que añadir una última consideración. El artículo 28.4 de la LCSP señala que *“Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.”* Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el 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.

En cualquier caso, como ya declaramos en nuestro informe 73/2018, esta doctrina general que sentamos ha de ser aplicada por el propio órgano de contratación en cada caso. Señalamos entonces que en los informes citados no se resuelve ningún caso concreto, competencia que escapa a las propias de la Junta Consultiva, sino que tanto en estos informes como en otros que hemos emitido en relación con el fraccionamiento de los contratos menores (véase en este sentido nuestro Informe 86/2018 y otros que en él se citan) nos hemos limitado a fijar la doctrina general consolidada desde hace décadas a los efectos de que sea el propio órgano de



contratación el que verifique si entre los contratos separados concurre el requisito de unidad funcional o vínculo operativo que exigen el tratamiento conjunto de las prestaciones propias de un contrato, todo ello teniendo en cuenta la trascendencia que cabe predicar del elemento de previsibilidad del contrato, que tanta relación guarda con la obligatoria planificación y programación de la contratación pública, máxime en este tipo de contratos que responden a una necesidad continuada y reiterada en el tiempo.

4. En la segunda parte de la primera pregunta, se nos cuestiona sobre el concepto de unidad funcional y sobre las pautas y criterios a aplicar en cada contrato concreto para poder determinar si existe o no fraccionamiento indebido del mismo. Parte la consulta de una redacción del artículo 99 de la LCSP que en modo alguno coincide con la real, por lo que esta Junta Consultiva no puede sino tenerla por no puesta.

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 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 haber duda de la existencia de unidad funcional.

5. La segunda cuestión que se nos plantea en la consulta se refiere al concepto de necesidad inaplazable como condición necesaria para poder acudir a la tramitación urgente del expediente de contratación.

En efecto, el artículo 119.1 de la LCSP señala lo siguiente:

“Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos



el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada.”

De la regulación contenida en este precepto podemos deducir la existencia de dos posibles circunstancias que habilitan el recurso a la tramitación de urgencia: que la celebración del contrato responda a una necesidad inaplazable o que sea preciso acelerar su adjudicación por razones de interés público.

Esta Junta Consultiva considera que una necesidad inaplazable está constituida por una o varias circunstancias, normalmente de índole temporal, que afectan al contrato público en cuestión y que determinan que, si no se emplease la tramitación de urgencia, el contrato no podría adjudicarse o desplegar adecuadamente sus efectos.

La Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. La sentencia del Tribunal Supremo 1229/2008, de 27 de febrero, analiza estos conceptos del siguiente modo:

“La tramitación urgente de los expedientes de contratación administrativa constituye una facultad de la Administración, de carácter excepcional, para el ejercicio de la cual han de concurrir los requisitos exigidos en el precepto transcrito. De una parte, se trata de una modalidad de contratación utilizable, bien cuando la necesidad del contrato sea inaplazable, o cuando sea preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, por lo que la concurrencia del hecho constitutivo de uno u otro de tales supuestos ha de resultar acreditada. El primero -necesidad inaplazable- comporta el que no se pueda esperar para la celebración del contrato porque exista un límite temporal impuesto por las circunstancias del caso, hecho que se ha de acreditar en el expediente, como es obvio. Y lo mismo sucede con el segundo supuesto; han de concurrir las razones de interés público que hagan preciso, que exijan acelerar la adjudicación, que no la ejecución del contenido del contrato (...)



La jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo de modo constante y uniforme que la declaración de urgencia que exige la Ley ha de ser realizada por el órgano competente para contratar y estar debidamente motivada y en relación con la motivación exige que se trate de una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestre la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público.”

La expresión empleada en esta sentencia, *que no se pueda esperar para la celebración del contrato porque exista un límite temporal impuesto por las circunstancias del caso* implica, como antes señalamos, que si no se acelerase la adjudicación del contrato mediante la tramitación de urgencia existiría alguna circunstancia objetiva que impediría al contrato desplegar adecuadamente sus efectos.

Algo más genérico se muestra el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 148/2012 y 149/12, ambas de 16 de julio, y en la Resolución nº 938/2017, en que considera que la necesidad inaplazable debe identificarse con la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible. En realidad, ambas conclusiones son muy similares pues esa perentoriedad debe ser la consecuencia de una circunstancia objetiva que impide realizar una tramitación no acelerada del procedimiento.

6. La siguiente cuestión se refiere a la necesidad de licitar un contrato público de suministro en el que se va a adquirir algún tipo de repuesto a proveedores que ostentan un derecho de exclusiva sobre tal producto. Tal consulta se enmarca en la aplicación de las normas sobre contratación de sectores especiales por expresa indicación de la entidad consultante.



Comencemos señalando que la existencia de un derecho exclusivo en la adjudicación de un contrato público se puede reconocer en el caso de que un determinado proveedor disponga de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual o industrial que le autorizan de modo único al suministro de un determinado bien o producto, de modo que resulta ser el único que puede suministrarlo. A esta circunstancia se refiere el artículo 168 de la LCSP, relativo a los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, en el que se autoriza el empleo del mismo en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios:

“2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.”

Del contenido de este artículo podemos deducir que el procedimiento negociado sin publicidad está previsto, entre otros supuestos, para la adquisición de obras, servicios o suministros de un proveedor con derechos de exclusiva.

Este mismo procedimiento, con una redacción prácticamente idéntica, se encuentra recogido en el artículo 85.1 c) del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas



directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante Real Decreto-Ley 3/2020), cuyo Libro Primero lleva por título *“Transposición de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.”*

Este precepto autoriza la utilización del procedimiento negociado sin publicidad cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

“1.º Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única.

2.º Que no exista competencia por razones técnicas.

3.º La protección de los derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.”

La existencia en ambas disposiciones legales de un procedimiento previsto específicamente para la adquisición de obras, servicios o suministros de proveedores con derechos exclusivos muestra de modo patente la intención de las normas citadas de que, también en estos casos, se proceda a una licitación pública permitiendo, no obstante, que se emplee este tipo de procedimientos más sencillos y ágiles.

Una segunda posibilidad, en el caso de que, efectivamente, los productos que se vayan a adquirir no superen el valor estimado de los 15.000 euros, es acudir al contrato menor, técnica que es adecuada también en estos casos si no se superan



los umbrales legalmente establecidos y no se fracciona indebidamente el objeto del contrato, tal como hemos expuesto ya en este informe.

7. En la siguiente cuestión la entidad consultante nos pregunta por la posibilidad de emplear un acuerdo marco en este tipo de suministros en que existe algún tipo de derechos de exclusiva.

Semeja, atendiendo al contenido de la pregunta planteada, que lo que se nos cuestiona es la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con una única empresa sobre la base de derechos exclusivos debidamente acreditados y que permita al órgano de contratación la posterior celebración de contratos basados en función de sus necesidades y de acuerdo con las condiciones fijadas en ese acuerdo marco.

Antes de analizar tal posibilidad debemos clarificar si el régimen jurídico relativo a los acuerdos marco que se contiene en la LCSP resulta de aplicación, en términos generales, a los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública. En este sentido, el artículo 218 de la LCSP señala que: *“Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este capítulo.”*

Como ya señalamos en nuestro informe 51/18, de 10 de diciembre de 2018, podría parecer, en una impresión preliminar, que sólo las Administraciones Públicas pueden acudir a estos sistemas. A continuación, veremos que tal afirmación no es exacta.

En efecto, como ya declaramos en nuestro precedente informe, una interpretación sistemática de todos los preceptos referentes a la racionalización técnica de la contratación, realizada de modo conjunto con los que aluden a los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública y, dentro de estos últimos, del artículo 319.1, párrafo 1º LCSP nos pueden ayudar a



interpretar la anterior regla de una manera diferente. Señala este precepto lo siguiente:

“Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243.”

En la regla anterior el legislador ha mezclado aspectos que son propios específicamente de la ejecución y la extinción de los contratos con otros aspectos más propios de la selección del contratista, como serían los referentes a la aplicación de los sistemas de racionalización de la contratación. No obstante, a juicio de esta Junta Consultiva es patente la voluntad del precepto en el sentido de que el conjunto de la regulación aplicable a tales sistemas (la cita de los artículos 218 a 228 es esclarecedora en este punto) también se pueda aplicar a los poderes adjudicadores.

Esta conclusión nos debe llevar a señalar que los poderes adjudicadores que no ostenten la condición de Administración Pública se encuentran habilitados para hacer uso de los acuerdos marco.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, cabe recordar que el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, considera que el acuerdo marco constituye un negocio jurídico de naturaleza normativa o precontractual cuya finalidad es establecer las condiciones que han de regir los contratos subsiguientes durante un período determinado. El artículo 219 de la LCSP permite que un órgano de contratación celebre un acuerdo marco con una sola empresa con el fin de fijar



las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretenda adjudicar durante un período determinado siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Pues bien, la propia existencia demostrada de un derecho exclusivo en el suministro de un determinado producto puede justificar que el órgano de contratación decida emplear este sistema para atemperar los suministros a sus propias necesidades sin que ello implique volver a licitar un contrato. Para ello habrá de cumplirse la condición establecida en el artículo 331.3 de la LCSP conforme al cual *“Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con una única empresa, los contratos basados en aquel se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.”*

El órgano de contratación disfruta de una amplia potestad para elegir el procedimiento aplicable al contrato siempre que la licitación se ajuste a los requisitos establecidos para tipo de procedimiento. Por tanto, será posible emplear el sistema del acuerdo marco en este tipo de contratos si se cumplen los requisitos legalmente establecidos para ello, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de emplear también otro tipo de procedimientos como el negociado sin publicidad.

8. Como resulta de la consulta que se nos ha dirigido, las entidades públicas a que se refiere este informe podrían insertarse dentro del marco de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020. Para determinar si efectivamente tal afirmación es cierta, hemos de recordar que el artículo 1 de la citada norma exige, para su aplicación, tres condiciones cumulativas:

1. Que contraten las entidades públicas y privadas a las que se refiere el artículo 5.
2. Que las mismas contraten en el ámbito de las actividades contenidas en los artículos 8 a 14.



3. Que el valor estimado del contrato (en este caso, de suministro) sea igual o superior a 428.000 euros.

Para el análisis de la primera condición el artículo 5.2 a) considera entidad contratante a los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública, supuesto en el que, según se indica, se encuentran algunas de las entidades asociadas a la entidad consultante.

Para el de la segunda condición, el artículo 11 de la norma, relativo a los servicios de transportes, se aplica a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable. Se considerará que existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente. Estas condiciones harán referencia a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible, a la frecuencia y puntualidad del servicio, a sus infraestructuras, sus vehículos y combustibles, y a la incorporación en el transporte de los sistemas inteligentes de transportes (ITS), entre otros.

Teniendo en cuenta que en la consulta se indicada que ATUC es una Asociación de ámbito estatal cuyas empresas asociadas prestan el servicio público de transporte de viajeros urbano y metropolitano en autobús, ferrocarril y tranvía, parece razonable concluir que, en la medida en que esta aseveración sea correcta, las entidades que la integran cumplen los requisitos necesarios para que les resulte de aplicación el Real Decreto-Ley 3/2020, siempre y cuando, además, el valor estimado del contrato de suministro que pretendan realizar tengan un valor estimado igual o superior a los 428.000 euros.



En caso de aplicarse esta norma, restaría por saber si realmente la misma permite concluir acuerdos marco con un único proveedor. Pues bien, el artículo 92.2 del Real Decreto-Ley 3/2020, establece lo siguiente:

“A los efectos de este real decreto-ley por «acuerdo marco» se entenderá un acuerdo celebrado entre una o varias entidades contratantes y uno o varios operadores económicos, que tenga por objeto establecer los términos que deberán regir los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.”

Esta redacción ya nos resulta familiar pues es muy parecida a la de la LCSP. No es de extrañar, pues, que, teniendo en cuenta que el artículo 92.2 permite de manera expresa la celebración de acuerdos marco con una sola empresa (en este caso, el titular de los derechos exclusivos) y que la finalidad de un acuerdo marco es precisamente racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos, debemos entender que también podría utilizarse el acuerdo marco para la adquisición de productos a proveedores con derecho de exclusiva siempre que se cumplan todas las condiciones antes enumeradas y, en particular, que el valor estimado del contrato sea igual o superior a 428.000 euros.

9. Todavía dentro del supuesto de adquisición de repuestos a proveedores con derechos de exclusiva, se nos consulta sobre la utilización del contrato de suministro en función de necesidades concretas a que alude la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP. Esta consulta, al limitarse a tal norma, nos exime de analizar el Real Decreto-Ley 3/2020.

La Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP trata de los denominados contratos de suministros y servicios en función de las necesidades. Conforme a su tenor, en los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto



limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

#

En primer lugar, resulta oportuno destacar que cuando el precepto alude en su párrafo primero a los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo no está impidiendo que esta fórmula, de gran utilidad en determinados casos, pueda ser empleada por otras entidades del sector público que tengan presupuesto estimativo. Lo único que señala esta regla es que, en el caso de las entidades con presupuesto limitativo, por el propio rigor del conjunto de las normas presupuestarias que les son aplicables, es imprescindible aprobar un presupuesto máximo.

Las demás entidades del sector público también pueden utilizar un contrato de suministros en función de sus necesidades y pactar con el contratista que el contrato se ejecute, bien atemperando el conjunto de las entregas o su ritmo a sus necesidades de cada momento, o bien estableciendo un tope no obligatorio de productos a suministrar conforme a las condiciones de precio y entrega descritas en el contrato celebrado. Todo ello debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el presupuesto base de licitación a los contratos cuando proceda conforme a la LCSP.

Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que en el ámbito derecho mercantil el contrato de suministro se caracteriza por responder a las eventuales y sucesivas necesidades de la entidad contratante. Si tenemos en cuenta que las entidades públicas con presupuesto estimativo son las que pueden operar más frecuentemente



en el marco del derecho privado, carecería de sentido que la Disposición adicional trigésima tercera no les resultase de aplicación.

Una vez analizado este aspecto, cabe añadir que, como resulta de la dicción del precepto analizado, su finalidad es permitir la contratación de determinados suministros cuando al órgano de contratación no le resulta posible fijar a priori el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato al tiempo de celebrar este, por hallarse subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración. Desde este punto de vista, esta Junta Consultiva no encuentra ningún impedimento de carácter legal que vede la utilización de este sistema para cualquier entidad del sector público, siendo indiferente que el proveedor disponga o no de un derecho exclusivo sobre el producto.

10. La siguiente cuestión, última ya de todos los sub-apartados de la pregunta relativa a la adquisición de repuestos a proveedores con derechos de exclusiva, se refiere a si podría utilizarse un sistema de clasificación propio, figurando como uno de los criterios para la clasificación del proveedor la acreditación de los derechos de exclusiva.

El Real Decreto-Ley 3/2020 (artículos 32 y siguientes) permite que las entidades contratantes establezcan y gestionen un sistema propio de clasificación de operadores económicos o se remitan a cualquiera otro que estimen responde a sus exigencias. Si optan por un sistema propio, deberá gestionarse con arreglo a criterios y normas objetivas.

Cualquier sistema de clasificación de empresas tiene por finalidad acreditar de modo estable que un licitador clasificado se haya en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que sean necesarias para la ejecución de un contrato público. Sin embargo, en el supuesto planteado en la consulta un proveedor con derechos exclusivos para la ejecución de un determinado contrato tiene necesariamente que ser el único que lo puede ejecutar por lo que, sin



perjuicio de la genérica posibilidad de emplear estos sistemas propios de clasificación, que no puede discutirse, no parece que tenga mucho sentido establecerlo en este caso.

11. Finalmente, en relación con la última pregunta que se nos plantea en la consulta, el desglose detallado de un presupuesto base de licitación con mayor detalle del establecido en el artículo 100 de la LCSP, o en el 43.5 del RDL 3/2020, de 4 de febrero, que transpone la Directiva 2014/25/UE, debemos recordar que esta Junta Consultiva únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un caso concreto.



Por tanto, tal consulta excede de las competencias de este órgano.

CONCLUSIONES

1. Ha de ser el propio órgano de contratación el que verifique si entre los contratos menores sucesivos que haya de celebrar concurre el requisito de unidad funcional o vínculo operativo que exigen el tratamiento conjunto de las prestaciones propias de un contrato. Para ello habrá de tener en cuenta la propia obligación de programar la actividad de contratación pública.
2. La unidad funcional concurre cuando media la existencia de un vínculo operativo entre los objetos de los contratos sucesivos, de tal modo que resulten imprescindibles para el logro que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso descrito en la consulta, en que los objetos son idénticos y lo único que existe es una división temporal del contrato, no puede haber duda de la existencia de unidad funcional.
3. A los efectos de la tramitación de urgencia, una necesidad inaplazable está constituida por una o varias circunstancias, normalmente de índole temporal, que afectan al contrato público en cuestión y que determinan que, si no se emplease la tramitación de urgencia, el contrato no podría adjudicarse o desplegar adecuadamente sus efectos.
4. En el supuesto de adquisición de productos a un proveedor con derechos exclusivos, tanto en la LCSP como en el RD-Ley 3/2020 existe un procedimiento previsto específicamente para la adquisición de obras, servicios o suministros de proveedores con derechos exclusivos. Tal circunstancia muestra de modo patente la intención de las normas citadas de que, también en estos casos, se proceda a una licitación pública. Sin embargo, en el caso de que, efectivamente, los productos que se vayan a adquirir no superen los



umbrales legalmente establecidos y no se produzca el fraccionamiento indebido del objeto del contrato cabe acudir al contrato menor.

5. Los poderes adjudicadores que no ostenten la condición de Administración Pública podrán hacer uso de la técnica de los acuerdos marco. Tanto en la LCSP como en el caso del RD-Ley 3/2020 sería posible la utilización del acuerdo marco, dependiendo la aplicación de una u otra norma de la naturaleza de la entidad contratante, de la actividad que realiza y de que el valor estimado del contrato sea igual o superior a 428.000 euros.
6. Esta Junta Consultiva no encuentra ningún impedimento de carácter legal que vede la utilización del contrato de suministro en función de necesidades de la Disposición Adicional 33 de la LCSP para cualquier entidad del sector público, siendo indiferente que el proveedor disponga o no de un derecho exclusivo sobre el producto.
7. La utilización de un sistema de clasificación propio en el que se incluya como requisito un derecho de exclusiva no está vedado en este tipo de contratos. Sin embargo, en el supuesto de un único proveedor con un derecho exclusivo no parece que tenga mucho sentido si atendemos a la finalidad propia de las normas sobre clasificación de empresas.
8. No es competencia de esta Junta Consultiva el aportar un presupuesto base desglosado con mayor detalle del descrito en la LCSP o en el Real Decreto-Ley 3/2020.