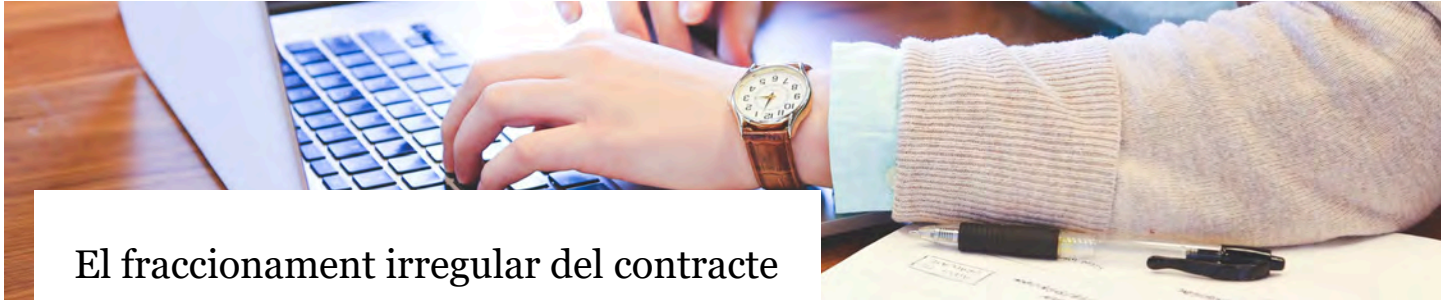


EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



El fraccionament irregular del contracte

03-05-2021

La Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix que no es pot fraccionar un contracte amb la finalitat de disminuir-ne la quantia i d'aquesta manera eludir els requisits de publicitat o els requisits relatius al procediment d'adjudicació que li corresponguin (art. 99.2). Aquest precepte es completa amb el que disposa l'article 101.4, que estableix que l'elecció del mètode per calcular el valor estimat no es pot fer amb la intenció de deixar d'aplicar al contracte les regles d'adjudicació que li correspondrien. Amb aquests preceptes el que fa la LCSP és prohibir el fraccionament irregular dels contractes per evitar el frau de llei que comporta.

Quan es parla de fraccionament del contracte, el primer que s'acostuma a pensar és en la contractació menor, però no només es pot produir fraccionament indegut en la contractació menor, sinó en tots els procediments d'adjudicació, sempre que el fet de superar un determinat llindar en el valor estimat ens obligui a aplicar unes normes de contractació més rígides, de manera que no només no podem fraccionar un contracte per convertir-lo en un contracte menor, sinó que tampoc podem trossejar l'objecte del contracte per evitar la utilització d'un procediment determinat, com per exemple per evitar estar sotmesos a regulació harmonitzada o bé per poder utilitzar un procediment obert simplificat, quan el procediment que correspondria seria l'obert.

En aquest mateix sentit, subscriure diversos contractes menors que podrien conformar l'objecte d'un únic contracte, no implicaria un supòsit de fraccionament irregular si la mateixa adquisició mitjançant un únic contracte també s'hagués pogut dur a terme recorrent a la subscripció d'un contracte menor, com ho expressa l'[informe 14/14 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya](#).

Conseqüentment, la LCSP no prohibeix el fraccionament del contracte de manera general sinó que prohibeix el fraccionament jurídicament injustificable, el que es fa adreçat a defraudar normes i a poder utilitzar un procediment menys rígid i/o evitar requisits de publicitat.

Quan s'està fraccionant un contracte?

La legislació contractual no ens ofereix regles ni paràmetres clars per verificar si estem davant d'un fraccionament irregular del contracte. Això, sumat al fet que a la Llei no apareix cap definició legal de fraccionament de l'objecte, ha comportat diferents interpretacions i actuacions per part dels òrgans de contractació.

La jurisprudència i la doctrina sí que han anat donant eines per poder analitzar si s'està fraccionant de forma irregular un contracte. La doctrina relativa al fraccionament establia inicialment que hi ha fraccionament si en els contractes es donen tres supòsits, identitat de subjecte, identitat d'objecte i identitat de causa, i ha considerat que ha de ser un únic contracte quan hi ha coincidència en aquests tres elements i, ans al contrari, es considera que no hi ha fraccionament de l'objecte i es poden realitzar contractes diferents quan en l'execució de la prestació a realitzar un d'aquests tres elements (subjecte, objecte, causa) variï. La doctrina ha evolucionat, i aquesta necessitat d'identitat del mateix adjudicatari que en un inici es requeria per identificar el fraccionament, a data d'avui ja ha estat superada i, tot i que no hi hagi coincidència en el mateix adjudicatari, podem estar davant d'un fraccionament indegut. Així doncs, aquesta identitat de subjecte és un element a tenir en compte, però no és un requisit ni un element determinant per identificar el fraccionament.

Per analitzar els elements d'identitat d'objecte i de causa, s'ha de valorar si l'objecte dels diferents contractes és diferent, i això no vol dir que només en els supòsits en què l'objecte sigui idèntic estarem davant d'un fraccionament. El que s'ha d'analitzar és si l'objecte de cadascun dels contractes és complert, ja que l'objecte ha d'integrar tots els aspectes necessaris per satisfer la prestació pretesa sense necessitar res més, i si del resultat d'aquesta anàlisi es conclou que estem davant d'uns contractes l'objecte dels quals és incomplert i que per assolir la seva finalitat necessiten prestacions que són o seran objecte d'un altre contracte, probablement estarem davant d'un fraccionament contractual.

Per identificar si s'està produint fraccionament no és tan important identificar la similitud de l'objecte, com a vegades s'ha malentès, ja que encara que tinguem objectes similars si aquests responen a diferents causes poden ser objectes independents i, per tant, no s'han d'integrar en un únic contracte.

En aquest sentit, en l'Informe 6/2018, de 12 juliol de 2018, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Andalusia, s'estableix que hi ha fraccionament indegut del contracte quan les diverses parts de la prestació que es contracten per separat no són susceptibles d'aprofitament o utilització separadament pel fet de constituir una unitat funcional o operativa entre si i, al contrari, no s'ha de considerar que hi ha fraccionament indegut quan estiguem davant de diversos objectes que no estan vinculats entre si, de tal manera que l'execució i l'explotació d'un o diversos no és necessària per executar i explotar la resta, o quan els objectes siguin similars però independents entre si.

Un altre paràmetre a tenir en compte en aquesta tasca d'identificar el fraccionament indegut és el vessant temporal del contracte, ja que limitar l'import dels contractes de forma expressa a l'import d'una anualitat pot suposar un fraccionament del contracte, ja que establir una durada inicial inferior a la que sabem que ha de tenir el contracte implica la reducció fraudulenta del seu objecte, i en resulta un fraccionament indegut del contracte (vegeu també l'Informe 14/2014 de la Junta Consultiva de Contractació de Catalunya, citat més amunt).

D'aquesta manera, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Balears ha afirmat en l'Informe 1/2009, de 30 de juliol, que es pot parlar de fraccionament quan raonablement es pugui preveure que la prestació objecte del contracte s'ha de mantenir durant un període determinat que excedeix el termini d'execució o de la durada màxima establerts a l'inici de la contractació.

El fet rellevant que ens ha d'ajudar a determinar si hi ha o no hi ha fraccionament no és només que les prestacions siguin similars entre si, sinó si responen a un mateix vincle operatiu, és a dir, que estiguin unides entre si i que es necessitin per complir la finalitat que justifica el contracte.

La jurisprudència europea ha establert uns paràmetres a valorar en relació amb l'objecte del contracte per identificar si hi ha fraccionament, concretament institueix la teoria de la triple perspectiva, que distingeix tres funcions dels contractes, la funció técnico-econòmica, la geogràfica i la temporal (vegeu la [Sentència del Tribunal General de la Unió Europea d'11 de juliol de 2013, ass. T-358/08](#)).

Aquestes tres funcions operen de la manera següent:

- **Funció técnico-econòmica:** es considera que hi ha fraccionament de contracte quan les prestacions dels diferents objectes han de complir la mateixa funció técnico-econòmica. S'ha de valorar si les tasques a realitzar requereixen les mateixes capacitats tècniques, si els treballs a realitzar són tècnicament similars, i si les prestacions estan connectades entre si i només totes juntes assoleixen el conjunt de les finalitats preteses.
- **Funció geogràfica:** es considera que hi ha fraccionament del contracte si els diferents objectes estan units geogràficament o si es troben dins del mateix àmbit. Però no es vol indicar que el lloc d'execució ha de ser idèntic, ja que aquest pot ser en llocs diferents però dins d'una mateixa ciutat, com és el cas de la sentència esmentada, i es valora si hi ha una connexió geogràfica entre els objectes.
- **Funció temporal:** s'ha d'analitzar la distància temporal que hi haurà entre les licitacions dels diferents objectes, i valorar si serà en el mateix any que adjudicarem els contractes o amb una distància d'uns quants anys. Cal valorar si realment la distància temporal és tan gran que fa impossible que siguin un mateix objecte.

Utilitzant aquesta anàlisi de la triple perspectiva, podem concloure que si les prestacions responen a finalitats tècniques i econòmiques independents separables de la resta, o no hi ha cap unió geogràfica entre els objectes i l'adjudicació és molt llunyana en el temps, no estariem davant d'un fraccionament del contracte, i l'òrgan de contractació podria optar per efectuar procediments separats per a cadascun dels objectes amb càlculs independents del valor estimat per determinar-ne el règim jurídic.

Aquesta triple perspectiva ens serveix per tenir uns paràmetres per analitzar l'objecte i el seu possible fraccionament, però no cal que coincideixin obligatòriament totes tres funcions per estar davant d'un fraccionament de contracte.

Quines conseqüències pot tenir aquest fraccionament indegut de l'objecte del contracte?

N'hi poden haver moltes i de diferent magnitud, d'acord amb la disposició addicional 28 de la LCSP: hi ha responsabilitat patrimonial de les autoritats i del personal al servei de les administracions públiques derivada de les seves actuacions en matèria de contractació i també responsabilitat disciplinària a la qual donarà lloc la infracció o l'aplicació indeguda dels preceptes de la LCSP.

A més a més de la responsabilitat patrimonial, no s'han de perdre de vista les possibles conseqüències penals que poden tenir actuacions apartades de la LCSP. És evident que una mala pràctica administrativa no ha de comportar necessàriament una infracció penal, però sí que pot arribar a ser-ho, com veiem en les sentències següents, a mode d'exemple:

- [STSJ AS 1304/2014, de 6 de maig](#): "Queda para la Sala plenamente acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública y que esta únicamente se produjo por la arbitrariedad del Viceconsejero que en aras de una tramitación para él urgente por razones políticas obvió los procedimientos legales procediendo a fraccionar un contrato en tres contratos menores de suministro distintos."
- STS 229/2018, de 17 maig: "En este momento, baste con destacar que la Sala de lo Penal del TS ha puesto de manifiesto que 'constituye un supuesto clásico de casuística referida a la prevaricación la burda artimaña de fraccionar por resoluciones administrativas las contrataciones a fin de burlar los controles a la voluntad de quien domina el procedimiento que conduce a aquellas contrataciones'."
- STS 512/2015 del TS (Sala Segona): "El ejemplo más palmario en este caso es ese fraccionamiento del Proyecto Itínere con la finalidad de acomodarlo a los presupuestos cuantitativos de los contratos menores, y eludir así el procedimiento que requieren las restantes formas de contratación. [...] la ilegalidad de la actuación administrativa realizada en el presente caso, en el que se prescindió de todo procedimiento. A tal fin se tramitaron como contratos menores sujetos a requisitos mucho menos estrictos, el encargo de proyectos que superaron el límite cuantitativo fijado al efecto. De esta manera se prescindió no solo de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa, sino también de cualquier estudio previo sobre posibilidad de realización del proyecto por técnicos municipales incluso de límite del gasto."

En conclusió, és prohibit fraccionar el contracte però aquesta prohibició no és absoluta sinó que el fraccionament del contracte, perquè sigui irregular, ha d'anar acompanyat de la finalitat de disminuir-ne la quantia i eludir així els requisits de publicitat i/o els relatius al procediment d'adjudicació que li corresponguin.

Per determinar si estem davant d'un fraccionament, podem tenir en compte el que estableix la doctrina i els tribunals i valorar si hi ha identitat de subjecte, objecte i causa, i aplicar el triple test que estableix la jurisprudència europea, amb l'anàlisi de la identitat de les tres funcions: la funció técnico-econòmica, la geogràfica i la temporal.



Èlia Vilaseca Arquès

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública