



Lehiaren
Euskal Agintaritza
Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME SOBRE LA CONTRATACIÓN MENOR DEL AYUNTAMIENTO DE HONDARRIBIA

LEA/AVC 479 -PROM-2020

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 31 de enero de 2022 el siguiente informe en relación con la contratación menor del Ayuntamiento de Hondarribia.



SUMARIO:

I. ANTECEDENTES DE HECHO	3
II. COMPETENCIA DE LEA/AVC Y OBJETO DEL INFORME	4
III. ANÁLISIS	5
1. Contratos menores.....	6
2. Procedimiento abierto	8
3. Valoración de los contratos.....	8
3.1 Contratación menor	8
3.1.1. Objeto y fraccionamiento de contrato.....	10
3.2 Procedimiento Abierto	15
4. Vinculación entre empresas.....	16
5. Operaciones con terceros y facturas cruzadas	17
IV. CONCLUSIONES.....	18
V. RECOMENDACIONES.....	19

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de enero de 2021 LEA/AVC recibió una consulta referida a los procedimientos de contratación menor que venía realizando el Ayuntamiento de Hondarribia, en concreto, en relación a los servicios de montaje.

En la consulta se cuestiona la licitud de dichos procedimientos en tanto que, a juicio de quien plantea la consulta, el Ayuntamiento concatena adjudicaciones de contratos por 15.000 euros a sucesivas empresas, las cuales posteriormente subcontratan la realización de dichas prestaciones a empresas que han sido previamente adjudicatarias.

2. Tras un análisis preliminar de los hechos y el cotejo de la información mediante consultas realizadas a fuentes pública, como la Plataforma de Contratación Pública de Euskadi¹, LEA/AVC constata que el Ayuntamiento de Hondarribia, al menos desde el año 2016, viene utilizando diferentes proveedores para la realización de servicios de montaje y complementarios a estos, mediante la adjudicación de contratos por importe que no superan el límite establecido para la contratación menor.

3. Por considerarlo necesario para una correcta comprensión del asunto en cuestión, el 12 de febrero de 2021 LEA/AVC solicitó al Ayuntamiento de Hondarribia la remisión de la siguiente información:

-Listado detallado de los expedientes de contratación cuyo objeto haya sido servicios de montaje, desde el año 2018 inclusive (indiquen procedimiento empleado, importe y adjudicatario).

El objeto montaje debe entenderse en sentido amplio, debiendo relacionarse también aquellos contratos que lleven incluido otro tipo de servicios complementarios (Entre otros, CPV 51100000-3; 31500000-1; 79952000-2).

-Copia de los expedientes de contratación completos adjudicados por cualquier tipo de procedimiento (contrato menor, procedimiento abierto y/o procedimiento negociado) a los siguientes terceros, desde el año 2018 inclusive:

EVENTS ONDAR2, S.L.U.

MONTAJES MENDIBIL S.L.

MONTAI PROUDKZIOAK S.L.

IMPORCARAVAN S.L.

Dicha información fue remitida a LEA/AVC el 5 de marzo de 2021.

1

<https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-kpereva/es/ac70cPublicidadWar/busquedaContrato?locale=es>

4. Tras comprobar cuáles fueron las empresas proveedoras de dicho tipo de servicios al Ayuntamiento de Hondarribia desde el año 2018², LEA/AVC el 19 de octubre de 2021 realizó los siguientes requerimientos de información a dichas empresas:

-Copia de todas las facturas emitidas al Ayuntamiento de Hondarribia desde el año 2018 hasta junio de 2021.

-Copia de todas las facturas emitidas, así como copia de todas las facturas recibidas de las siguientes empresas, desde el año 2018 hasta junio de 2021³:

- EVENTS ONDDAR2, S.L.U.*
- MONTAI PRODUKZIOAK S.L.*
- MONTAJES MENDIBIL S.L.*
- IMPORCARAVAN S.L.*
- KULTUR ZERBITZUAK, S.L.*

- Copia de la Declaración de operaciones con terceros desde el año 2018.

Dicha documentación fue recibida en LEA/AVC entre el 2 y el 11 de noviembre de 2021.

II. COMPETENCIA DE LEA/AVC Y OBJETO DEL INFORME

5. La Autoridad Vasca de la Competencia - LEA/AVC, es un organismo autónomo del Gobierno Vasco cuyo fin es promover, garantizar y mejorar las condiciones de libre competencia y transparencia en el mercado, respecto de las actividades económicas que se ejerzan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Para el ejercicio de dichos fines ostenta competencias de promoción y defensa de la libre competencia, así como de impugnación y de dictamen y consulta (artículos 1 y 3 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia).

6. Entre las labores de promoción que realiza LEA/AVC, 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 (artículo 3.3 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia).

7. En particular, en el Plan de Acción de 2021 de LEA/AVC se incluyó la realización de acciones en el ámbito de la contratación pública, entendiéndose que la prevención de conductas colusorias es un objetivo de esta LEA/AVC en el ámbito de la promoción que, además, se enmarca en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2, 10, 12 y 16.

² Las fuentes de información proporcionan escasa información anterior al ejercicio 2018, por lo que se opta por realizar el análisis a partir de este ejercicio.

³ A cada una de las empresas requeridas se le solicitó las facturas expedidas por servicios prestados a las demás.

8. En esta ocasión y tras el análisis de la documentación relacionada en los antecedentes, LEA/AVC considera conveniente realizar un informe referido al uso de la contratación menor en los expedientes cuyo objeto es la contratación de servicios de montaje por parte del Ayuntamiento de Hondarribia, en el que se realizarán recomendaciones tendentes a mejorar y garantizar la competencia efectiva en dichos procesos de contratación pública.

9. Debe recordarse que tal y como establece el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, de 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 (LCSP), uno de los principios esenciales que debe regir cualquier proceso de contratación es la salvaguarda de la libre competencia:

*“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la **salvaguarda de la libre competencia** y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

10. Así mismo, el artículo 132.2 de la LCSP referido a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, dirige el siguiente mandato:

*2. La **contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad** o los relativos al **procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia**, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.*

11. Durante el informe se analizará si la actuación del Ayuntamiento de Hondarribia se ha regido por dichos principios y si se han seguido las disposiciones normativas que aseguran su aplicación.

Las recomendaciones que se realicen al finalizar el informe serán extrapolables a cualquier expediente de contratación menor que realice el Ayuntamiento que tenga por objeto la provisión de cualquier tipo de servicio o suministro.

III. ANÁLISIS

12. Se han analizado los contratos adjudicados por el Ayuntamiento de Hondarribia a diferentes empresas cuyo objeto ha sido los servicios de montaje, durante los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

A continuación, se procede a realizar un resumen de los principales datos recopilados en relación con la documentación examinada.

1. Contratos menores

13. En las siguientes tablas se recogen los datos recopilados del número de adjudicaciones cuyo importe individual (no agregado) ha sido inferior al límite establecido para la celebración de contratos menores y su forma de adjudicación ha sido directa, entendiéndose por directa todo procedimiento de adjudicación que no haya sido licitado de manera abierta. La información se clasifica por año, empresas adjudicatarias, número de contratos adjudicados a cada empresa y cuantía total adjudicada por año a cada una de las empresas⁴.

2018		
EMPRESA	Nº de contratos	Importe total €
EVENTS ONDDAR2	4	2.350,54
KULTUR KIROL ZERBITZUAK	52	20.625,08
MONTAI PRODUKZIOAK	44	59.211,92
GORKA CRESPO Y OTROS CB	1	750
TOTAL	101	82.937,54

2019		
EMPRESA	Nº de contratos	Importe total €
EVENTS ONDDAR2	25	18.105,18
KULTUR KIROL ZERBITZUAK	28	18.148,79
MONTAI PRODUKZIOAK	22	18.062,45
MONTAJES MENDIBIL	9	17.347,29

⁴ Fuente: elaboración propia. Los documentos que soportan la información referida a este apartado obran en el expediente tramitado por LEA/AVC.



IMPORCARAVAN	20	19.508,18
ESTALI LA KARPA	1	6.897
TOTAL	105	98.068,89

2020		
EMPRESA	Nº de contratos	Importe total €
EVENTS ONDDAR2	13	19.699,80
KULTUR KIROL ZERBITZUAK	25	9.360,30
MONTAI PRODUKZIOAK	15	14.734,53
MONTAJES MENDIBIL	23	10.073,83
IMPORCARAVAN	11	14.690,35
TOTAL	87	68.558,81

14. Debe señalarse que la tipología de adjudicaciones ha sido variada. En ocasiones, se ha procedido a realizar adjudicaciones por importes muy reducidos, para trabajos de pequeña envergadura, como por ejemplo la efectuada por 38,72 euros a EVENTS ONDDAR2 S.L.U. en concepto de *Azpiegitura Kirol Proba*, o por 217,80 euros a MONTAI PRODUKZIOAK S.L. en concepto de *Oztoporik gabeko bainua, hesiak eta banderolak hona hondartzara eramatea eta bertatik jasotzea*, mientras que, en otras, las prestaciones contratadas y los importes de adjudicación han sido cualitativa y cuantitativamente superiores, como la adjudicación a MONTAI PRODUKZIOAK S.L. de *Azpiegitura zerbitzu kontratua* por 3.195,61 euros en 2019.

15. Así mismo, en ocasiones se ha optado por solicitar una única oferta mientras que, en otras, se ha pedido oferta a más de una empresa, como en la adjudicación realizada en 2018 con ocasión del expediente *Montaje y desmontaje de la Azoka de enero a junio de 2019*, en el cual se solicitó presupuesto a tres empresas, EVENTS ONDDAR2, S.L.U.,



MONTAI PRODUKZIOAK S.L. y MONTAJES MENDIBIL, S.L., y en el cual resultó adjudicataria EVENTS ONDDAR S.L.U. por 4.750,46 euros⁵.

2. Procedimiento abierto

16. En abril del año 2019 el Ayuntamiento de Hondarribia inició los trámites para convocar una licitación por el procedimiento abierto, cuyo objeto fue la *“Contratación de los servicios de acondicionamiento de espacios para actividades socioculturales y otras necesidades municipales del Ayuntamiento de Hondarribia”*, Expediente 2019K1150009, con un presupuesto de contratación sin IVA, de 150.673,27 euros.

17. A dicha licitación se presentaron dos ofertas, por una parte MONTAI PRODUKZIOAK, S.L. y, por otra, la UTE EVENTSONDAR2 S.L.U. e IMPORCARAVAN, S.L.

18. La adjudicación se produjo el 10 de agosto de 2020 y se realizó por importe de 121.155,29 euros sin IVA, 146.597,90 IVA incluido, a la UTE constituida por EVENTSONDAR2 S.L.U. e IMPORCARAVAN S.L.

19. Como se puede apreciar, las tres empresas que se presentan se encuentran entre las prestadoras habituales de servicios al Ayuntamiento de Hondarribia. Además, resulta reseñable que dos de las empresas se presentan con el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (UTE), en el supuesto de resultar adjudicatarias, por lo que solo se reciben dos ofertas en la licitación.

3. Valoración de los contratos

3.1 Contratación menor

20. Los datos recogidos en las tablas anteriores reflejan que el empleo de la figura del contrato menor para la selección de los proveedores de servicios de montaje y complementarios por parte del Ayuntamiento ha sido muy acusado. Entre los ejercicios 2018 a 2020 se llegan a adjudicar un total de **293 contratos**, la mayoría de los cuales son adjudicados a cuatro empresas: EVENTS ONDDAR2, S.L.U., MONTAI PRODUKZIOAK, S.L., KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L. y MONTAJES MENDIBIL, S.L.

21. La regulación de los contratos menores está recogida en el artículo 118 de la LCSP. Dicho artículo ha sido objeto de modificación tras su entrada en vigor el 9 de marzo de 2018, por lo que a continuación se transcriben las redacciones correspondientes a cada

⁵ Se adjudica el 27 de diciembre de 2018.

periodo de vigencia, en tanto que las adjudicaciones analizadas abarcan dos marcos regulatorios diferentes.

22. Así, el artículo 118 en su versión publicada el 9 de noviembre de 2017, en vigor a partir del 9 de marzo de 2018, estipulaba:

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de **valor estimado inferior a 40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras, o a **15.000 euros**, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. (...)

3. En el **expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo**. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

23. Con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, publicada el 5 de febrero de 2020, en vigor a partir del 6 de febrero de 2020, el artículo 118 dice:

Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de **valor estimado inferior a 40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras, o a **15.000 euros**, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y **que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior**.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. (...)

5. Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

24. Por cuanto antecede, se infiere que, en cada uno de los ejercicios analizados, el consistorio ha superado los umbrales que la LCSP establece como máximos para el empleo de dicho tipo de expediente, **15.000 euros de valor estimado**, es decir, presupuesto menor a 18.150 euros IVA incluido.

En 2018 se adjudican 101 contratos relacionados con servicios de montaje que ascienden a un total de 82.937,54 euros; en 2019 se adjudican 105 contratos que ascienden a 98.068,89 euros y, por último, en 2020 se adjudican un total de 87 contratos que alcanzan la cifra de 68.558,81 euros, sin tener en cuenta la licitación abierta que se adjudica en agosto.

25. Como primera conclusión, cabe reseñar que con dicha forma de proceder el Ayuntamiento ha vulnerado la normativa de contratación del sector público, en tanto que se han superado los umbrales máximos permitidos para acudir al cauce establecido para los contratos menores.

26. Como segunda conclusión, procede hacer hincapié en que durante el tiempo en que dichas adjudicaciones han estado en vigor se ha producido un cierre de mercado para el resto de empresas competidoras, en perjuicio de la competencia.

27. En definitiva, no se ha respetado el principio inspirador recogido en los artículos 1 y 132 de la LCSP, referido al deber de salvaguarda de la libre competencia, que impregna toda la normativa de contratación del sector público.

28. Y dicha vulneración se ha producido incluso en aquellos supuestos en los cuales los importes totales adjudicados a cada una de las empresas/año, no han superado la barrera de 15.000 euros de valor estimado señalada (2018 EVENTS ONDDAR2, S.L.U. y GORKA CRESPO y otros C.B.; 2019 EVENTS ONDDAR2, S.L.U., KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L., MONTAI PRODUKZIOAK, S.L.; MONTAJES MENDIBIL S.L. y ESTALI LA KARPA, S.L.; y 2020 KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L., MONTAIPRODUKZIOAK, S.L., MONTAJES MENDIBIL, S.L. e IMPORCARAVAN, S.L.), por los motivos que se exponen en el siguiente apartado.

3.1.1. Objeto y fraccionamiento de contrato

29. El umbral que recoge la LCSP para la contratación menor debe tener en cuenta cuál es el **objeto del contrato**; así, si todos los contratos tramitados tienen por objeto la contratación de los servicios de montaje, el valor estimado a tener en cuenta para dirimir el procedimiento de adjudicación a emplear será la suma de todas las necesidades que por ese concepto tenga el Ayuntamiento. Es importante insistir en que para delimitar el umbral lo importante es el objeto, y no el sujeto que realiza los servicios de montaje, por lo que, por ejemplo, pese a que los importes adjudicados a cada una de

las siguientes empresas en 2019 EVENTS ONDDAR2, S.L.U., KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L., MONTAI PRODUKZIOAK, S.L; MONTAJES MENDIBIL, S.L. y ESTALI LA KARPA, S.L., no superasen los 15.000 euros de valor estimado, la vulneración se produjo igual.

30. Resulta pertinente por tanto precisar qué se entiende por objeto del contrato, como cuándo se produce un fraccionamiento ilícito del mismo.

31. La LCSP es clara cuando señala, en su dicción del año 2017, que en el “expediente se justificará que **no se está alterando el objeto** del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo” y, en la vigente, “ que **no se está alterando su objeto** con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.”

32. Respecto al fraccionamiento, el artículo 99.2 de la LCSP preceptúa 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. Dicha regulación es general, aplicable a cualquier tipo de procedimiento de contratación

33. Dichos preceptos son de importancia capital en el tema que nos ocupa y para su correcta comprensión es necesario realizar el estudio conjunto tanto de la definición del objeto, como sobre qué se entiende por fraccionamiento, pues para analizar si existe fraccionamiento se debe partir de la definición del objeto.

34. Por tanto, vamos a comenzar por precisar qué debe comprender el objeto del contrato. Tal y como señala la LCSP el objeto de los contratos deberá ser determinado (artículo 99.1 de la LCSP), a lo que debe añadirse que deberá ser completo⁶. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única.

35. En el supuesto que nos ocupa, podríamos entender que el objeto de los múltiples contratos comprendía los servicios de montaje en sentido amplio, puesto que en el momento de definir el objeto de un contrato es imprescindible tener en cuenta qué prestaciones son susceptibles de contratación conjunta, dado que deberán obligatoriamente incluirse en el mismo.

36. 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

⁶ Informe 1/2017, de 1 de febrero de la JCCA de Aragón.

diseñar qué prestaciones deben comprender el objeto del contrato. El Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana lo define así⁷:

3. Concepto de unidad operativa o funcional

*Uno de lo aspectos fundamentales para determinar la existencia de fraccionamiento o no hace referencia a la aplicación a cada caso concreto del concepto de “unidad operativa o funcional”. **Existirá una 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 del contrato.***

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejante pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

La aplicación de este concepto no será fácil en muchos casos y deberá analizarse e interpretarse aplicando el juicio profesional a la vista del contexto y de las circunstancias de cada caso.

37. Las Juntas Consultivas de Contratación también aluden a dicho termino como criterio para dirimir si el objeto de los contratos analizados contemplan todas las prestaciones que deberían y, si no las contemplan, concluir que se ha producido un fraccionamiento de contrato.

38. Por tanto, salvo que se trate la contratación de prestaciones cuyo objeto no esté vinculado entre sí por unidad operativa o funcional, las prestaciones deben ser objeto de contratación conjunta, pues de lo contrario nos encontraremos ante un supuesto de fraccionamiento indebido del objeto del contrato, con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir el empleo de los requisitos de publicidad y/o la tramitación por los procedimientos de contratación correspondientes:

Informe 39/2018, de 2 de julio, de la JCCA del Estado: “Como ya expusimos en nuestro informe de 1 de marzo de 2018 el principio de no división fraudulenta del objeto del contrato previsto en el art. 74.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, posteriormente recogido en idénticos términos en el art. 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y finalmente incorporado al art. 99.2 de la 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, ha sido objeto de análisis por esta Junta consultiva en diversos informes, más allá del mencionado informe 1/09. La conclusión

⁷1. Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana. Sección 4813: Guía de fiscalización de la contratación: Fraccionamiento de contratos. 2. Referencia: Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 11-04-2019

https://www.sindicom.gva.es/public/Attachment/2019/8/MFSC-4813_Guia_Fraccionamiento.pdf

que se deriva de todos ellos es la misma: existe un fraccionamiento indebido del objeto de contrato siempre que se divida éste 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, operando este principio como un límite a la discrecionalidad del órgano de contratación.”

En el informe emitido el 29 de julio de 2020 por la JCCA del Estado, la misma 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 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.***

39. 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 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; o en el supuesto T-358/08, Comisión Europea y España. En esta ocasión, el Ayuntamiento de Zaragoza, 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.

40. Del análisis de los contratos menores realizados por el Ayuntamiento de Hondarribia, (correspondientes a diferentes necesidades departamentales y con cargo a diferentes partidas presupuestarias), durante los años 2018, 2019 y 2020, se observa que se han ido adjudicando de manera sucesiva contratos menores referidos a servicios de montaje o conexos a las empresas citadas, que se dedican a esa actividad⁸. De ello se desprende

⁸ EVENTS ONDDAR2, S.L.U.: organización y producción de espectáculos, así como el alquiler de maquinaria y equipos para su desarrollo.

KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L.: servicios de instalación, montaje, diseño, a base de escenarios, tablados, cubiertas, torres de iluminación, sistemas eléctricos y de sonido, elementos publicitarios, mobiliario, vallas de seguridad, carpas y en general todo tipo de infraestructuras materia gestión integral de espacios culturales y deportivos, ubicación y acomodación del público, personal de sala, trabajos de técnico audiovisuales, montaje y desmontaje, otras tareas auxiliares y mantenimiento de instalaciones.

MONTAI PRODUKZIOAK, S.L.: servicios de instalación, montaje, diseño, a base de escenarios, tablados, cubiertas, torres de iluminación, sistemas eléctricos y de sonido, elementos publicitarios, mobiliario, vallas de seguridad, carpas y en general todo tipo de infraestructuras materiales y humanas para la

que en todos los supuestos se ha producido un fraccionamiento de contrato, en tanto que las prestaciones contratadas, sin duda, comprenden prestaciones referidas a servicios de montaje, aunque lo fueran para Departamentos diferentes del Ayuntamiento (Cultura y Fiestas, Deportes, Euskara, Comercio y Turismo, Juventud, Servicios Sociales y Tercera Edad, entre otros) y eventos a celebrar en fechas y por motivos diferentes (torneo de judo, actividad turística, Euskalphoto jaia, Erregetako Kabalgata, etc.), pues todos eran susceptibles de integrar un único contrato.

41. El fraccionamiento artificioso de los contratos señalados al existir unidad funcional en todos ellos, con el objeto de evitar los umbrales que hubiesen obligado al Ayuntamiento a emplear otros procedimientos de contratación, además de cerrar el mercado e impedir una sana y leal competencia entre los potenciales licitadores, disminuye la eficacia, la eficiencia y la coordinación en la ejecución que se consiguen mediante la integración de las prestaciones en un único expediente, e imposibilita la obtención de una mejor relación calidad-precio.

42. Son cada vez más frecuentes las voces que alertan sobre el uso abusivo de la contratación menor por las administraciones públicas⁹. La Junta consultiva de contratación en el Informe 14/2020 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado:

*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 artificiosamente la prestación para adaptarla sin necesidad a la***

realización de eventos, actos, congresos, espectáculos y prestación de servicios dentro de los ámbitos políticos, deportivos, culturales, sociales institucionales y empresarial.

MONTAJES MENDIBIL, S.L.: la realización de toda clase de trabajos de albañilería, fontanería, electricidad, carpintería y todos aquellos complementarios de los anteriores tendentes a la nueva construcción de inmuebles o su reparación, mantenimiento, adecuación o transformación tanto por cuenta propia como mediante subcontratación de terceros, así como la realización de toda clase de obras, construcciones o montajes relacionados con el mantenimiento, construcción, reparación o transformación del mobiliario e infraestructuras urbanas públicas o privadas.

IMPORCARAVAN S.L.: Importación, compra y venta de caravanas, remolques y objetos diversos relacionados con el camping. Alquiler de mesas, sillas y mobiliario para colectividades.

ESTALI LA KARPA, S.L.: instalación, montaje, alquileres y venta de carpas y complementos.

⁹ Diferentes informes de supervisión emitidos por la Oficina Independiente De Regulación y Supervisión de la Contratación - OIRESCON <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/supervision.aspx>

Así mismo, informes de LEA/AVC 395-prom-2019 y 439-PROM-2020 sobre contratación menor. <https://www.competencia.euskadi.eus/webavc00-home/es/>



*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**.*

43. Llegados a este punto cabe concluir también que en el supuesto tratado se observa un uso abusivo del contrato menor, en tanto que su empleo se ha realizado 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 trata 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 cabe afirmar que se ha producido una concatenación de contratos. Todo ello perfectamente remediable si se hubiese realizado una buena planificación de la contratación.

44. El apartado 4 del artículo 28 de la LCSP establece que las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública.

Una adecuada programación y planificación de las necesidades de contratación son necesarias en orden a cumplir con los principios que rige la contratación pública, como la eficiencia, la publicidad, el libre acceso a los licitadores y la competencia¹⁰.

3.2 Procedimiento Abierto

45. Como ya se ha señalado, el 10 de agosto de 2020 se adjudica el contrato cuyo objeto es la “*Contratación de los servicios de acondicionamiento de espacios para actividades socioculturales y otras necesidades municipales del Ayuntamiento de Hondarribia*”, Expediente 2019K1150009, con un presupuesto de contratación sin IVA, de 150.673,27 euros que se licita mediante el procedimiento abierto.

46. Con la convocatoria de esta licitación el Ayuntamiento viene a corregir la mala praxis que venía realizando en la contratación de servicios de montaje y abriendo a la concurrencia la posibilidad de presentarse a la licitación mediante el empleo del procedimiento más favorable en términos de competencia, el abierto.

47. Tras el proceso de licitación resulta adjudicataria la UTE compuesta por EVENTS ONDDAR2 S.L.U. e IMPORCARAVAN S.L., dos de las empresas que habitualmente prestaban servicios al consistorio.

¹⁰ A este respecto se han pronunciado diferentes Juntas Consultivas de Contratación, como la de Aragón, en su informe 3/2018, de 13 de febrero, donde se incide en que una adecuada planificación de las necesidades contractuales permite la satisfacción de las necesidades periódicas o recurrentes a través de procedimientos distintos de la adjudicación directa a través del contrato menor, o el más reciente Informe 14/2020, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

48. La Unión Temporal de Empresarios - UTE, es una figura contemplada por la LCSP que permite en determinados supuestos que las empresas concurran unidas a las licitaciones públicas (artículo 69 LCSP). Sin embargo, dicha figura no está exenta de problemas en lo que a términos de defensa de la competencia se refiere, en tanto que ha sido un instrumento recurrentemente utilizado como fórmula para repartirse contratos por los competidores. La preocupación por el uso inadecuado de dicha figura ha sido tal que en el propio texto de la LCSP se han añadido cautelas específicas para tratar de evitar o, al menos, detectar, acuerdos colusorios entre los licitadores instrumentados por este cauce:

*69. 2. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran **posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal**, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las **razones para concurrir agrupadas**.*

Quando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos.

49. En el supuesto analizado se constata, que si la empresa EVENTS ONDDAR2, S.L.U. no hubiese concurrido en UTE no hubiese contado con la capacidad económica suficiente para concurrir a la licitación.

50. No obstante, se recomienda al órgano de contratación y a todas las partes implicadas en los procesos de contratación que presten especial atención en aquellos expedientes que, como en el analizado, las empresas habitualmente competidoras, presenten oferta de manera conjunta a la licitación, por si pudiera tratarse de una conducta colusoria, tipificada en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

4. Vinculación entre empresas

51. Resulta importante destacar que se ha observado que algunas de las empresas adjudicatarias habituales, se encuentran vinculadas a través de su cargo directivo¹¹.

52. En concreto, A.E. es administrador único de MONTAI PRODUKZIOAK, S.L., KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L. y ESTALI LA KARPA S.L. Así mismo, A.E. es socio único de KULTUR KIROL ZERBITZUAK, S.L. y ESTALI LA KARPA S.L.

¹¹ Dicha información ha sido obtenida a través de fuentes públicas, como consulta al Registro Mercantil y la base de datos de AXESOR CONOCER PARA DECIDIR S.A.



53. Por lo que, si realizásemos el sumatorio de los importes adjudicados a empresas vinculadas por su administrador único y/o socio único, el número de contratos adjudicados a un único grupo de empresas sería aún superior: en 2018, 96 contratos; en 2019, 51 contratos y en 2020, 40 contratos.

5. Operaciones con terceros y facturas cruzadas

54. Por último, se debe señalar que se ha procedido al análisis de las facturas emitidas entre las empresas incumbentes, y se ha observado que en algunas ocasiones han prestados servicios las unas a las otras.

55. 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.

En ocasiones, las autoridades de la competencia han verificado que empresas competidoras habían llegado a acuerdos de reparto de licitaciones mediante la realización de subcontrataciones cruzadas, es decir, mediante acuerdos entre empresas de forma que la que resultaba adjudicataria adquiriría el compromiso de subcontratar a la/s otra/s, de forma que todas resultasen beneficiarias del contrato, en perjuicio de una sana y leal competencia en las licitaciones.

56. 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.

De la documentación obrante en el expediente se ha constatado, por ejemplo, que la empresa [7] realizó en 2019 trabajos a [empresa 1] por importe total de 7.169,86 euros. Ninguno de los importes coincide exactamente con los importes facturados por [empresa 1] al Ayuntamiento de Hondarribia, lo cual no descarta con que correspondan a la subcontratación de parte de las prestaciones.

Así mismo, de las declaraciones de operaciones con terceros se obtienen los siguientes datos referidos a prestaciones facturadas por unas empresas a otras:

EMPRESA 1	EMPRESA 2	EMPRESA 3
-----------	-----------	-----------

2018	2018	2018
Empresa 4 Compras x euros Ventas x euros Empresa 7 Compras x euros	Empresa 5 Compras x euros	Empresa 6. Compras x euros Ventas x euros
2019	2019	2019
Empresa 4 Compras x euros	Empresa 2 Compras x euros	Empresa 5 Ventas x euros Empresa 2 Ventas x euros Empresa 6 Ventas x euros
2020	2020	2020
Empresa 7 Compras x euros	Empresa 3 Compras x euros	Empresa 2 Ventas x euros Empresa 6 Ventas x euros

Fuente: elaboración propia tras consulta de operaciones con terceros. Información confidencial.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por parte del Ayuntamiento de Hondarribia se ha realizado un uso irregular del contrato menor en la contratación de los servicios de montaje, en tanto que durante el periodo analizado se han incumplido los requisitos que la LCSP exige para poder emplear dicha figura. Se han superado los umbrales que permiten el uso del contrato menor, 15.000 euros de valor estimado, se han contratado necesidades recurrentes concatenando contratos, y se han fraccionado contratos reduciendo artificialmente su objeto y alternando empresas adjudicatarias diferentes.

SEGUNDA. - El fraccionamiento de las necesidades del Ayuntamiento se ha realizado con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir los requisitos de publicidad y los relativos al procedimiento de adjudicación que hubiese correspondido, pese a que en muchas ocasiones las prestaciones no han sido contratadas de manera imprevisible, sino que obedecían a necesidades recurrentes todos los años.

TERCERA. - La consecuencia directa de ello es que durante el periodo analizado se ha producido en cierre de mercado para los potenciales operadores que habiendo podido estar interesados no han tenido ocasión de acceder, y no se ha garantizado una competencia efectiva en dicho mercado.



CUARTA.- Además, el hecho de que las prestadoras habituales de los servicios hayan sido las empresas señaladas, las cuales 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.

V. RECOMENDACIONES

Con el fin de remover y garantizar los obstáculos a la libre competencia, el CVC emite las siguientes recomendaciones que debería seguir el Ayuntamiento de Hondarribia:

PRIMERA.- Planificación de la contratación.

Programar y planificar con anticipación suficiente cuáles van a ser sus necesidades a cubrir mediante la celebración de contratos, a fin de evitar la utilización de los trámites establecidos para la celebración de contratos menores en aquellos supuestos en que dichas contrataciones sean previsibles y recurrentes. En dichos casos deberán emplearse los procedimientos de contratación ordinarios previstos en la LCSP, que garantizan la concurrencia.

SEGUNDA.- Fraccionamiento de contrato.

Definir el objeto de los contratos de manera completa, que comprendan todas las prestaciones susceptibles de contratación conjunta prestando especial atención a si cumplen con los requisitos de unidad operativa o funcional.

TERCERA.- Concurrencia.

Fomentar la concurrencia en los contratos menores, solicitando al menos tres presupuestos a proveedores capacitados.

CUARTA.- Velar por la libre competencia.

Estar atentos a los indicios que podrían indicar que los licitadores están realizando prácticas colusorias, como el reparto de contratos. Prestar especial atención a la presentación de ofertas de competidores con el compromiso de constituirse en UTE, o la realización efectiva de los trabajos por una empresa no adjudicataria, y comunicar dichos posibles indicios a LEA/AVC.

Los acuerdos colusorios entre competidores se consideran una infracción muy grave en materia de competencia que pueden conllevar multas de hasta el 10% del volumen de negocios total de las licitadoras infractoras. Así mismo, las empresas podrán ser declaradas incursas en prohibición de contratar con el sector público. Los directivos cuya participación haya sido activa en las conductas podrán ser sancionados

