

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Amadeu de Savoia 2
46010 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072

Correu: secretaria_jsca@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm

Assumpte : Informe 2/2019

INFORME 2/2019, DE 13 DE JUNY DE 2019. LA INSTRUCCIÓ 1/2019, DE 28 DE FEBRER DE L'OFICINA INDEPENDENT DE REGULACIÓ I SUPERVISIÓ DE LA CONTRACTACIÓ SOBRE LA CONTRACTACIÓ MENOR.

ANTECEDENTS

En data 29 de maig de 2019 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe efectuada per la Conselleria d'Hisenda i Model Econòmic – Direcció General del sector públic, Model Econòmic i Patrimoni, mitjançant la qual es formula una consulta que diu, literalment, que:

“Davant els dubtes sorgits i plantejats a aquesta direcció general per algunes entitats del sector públic Instrumental de la Generalitat, en relació amb la interpretació de la Resolució de 6 de març de 2019, de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, per la qual es publica la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer, sobre contractes menors, regulats en la Llei 9/2017, de 8 de novembre (BOE núm. 57, de 7 de març de 2019), se sol·licita que s'emeta un informe sobre si aquesta instrucció és d'obligat compliment per als ens del sector públic Instrumental de la Generalitat.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Amb independència que es qüestione l'obligatorietat de la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, del text de la consulta remesa hem de matisar que, en tot cas, qualsevol interpretació que es faça de la Llei contractual afectaria el sector públic instrumental en tot el que per aquesta disposició legal hi siga aplicable.

D'altra banda, la qüestió concreta sobre l'obligatorietat del compliment d'una Instrucció com la referida en la consulta no és una qüestió pacífica i ha d'advertir-se que no és missió d'aquesta junta informar sobre possibles conflictes de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes.

No obstant això, la interpretació de determinats preceptes de la Llei 9/2017 de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (LCSP d'ara en avant) ens porten a fer algunes consideracions que creiem necessàries, al marge de les interpretacions de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, relatives a qüestions aquestes que també excedeixen l'àmbit de la funció consultiva d'aquesta junta.

En primer lloc, la consideració que el article 3.1 de la LCSP, quan determina quines entitats constitueixen el sector públic, sense adjectius com a estatal o de l'estat, estableix a l'efecte d'aquesta llei les entitats que formen part del sector públic entre les quals es troben l'administració de les comunitats autònomes i el seu sector públic instrumental. Això, per contraposició amb l'article 332.7 de la mencionada norma que, respecte de les funcions de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació, destaca en

l'apartat d) *in fine* que “les instruccions de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació seran obligatòries per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat”, després d'assenyalar que tals instruccions podran aprovar-se per a fixar “pautes d'interpretació i d'aplicació de la legislació de contractació pública, així com elaborar recomanacions generals o particulars als òrgans de contractació”, si de la supervisió desplegada es deduïra la seua conveniència.

En segon lloc, l'exposició de motius de la LCSP en tractar de l'oficina i de les seues funcions en relació amb tot el sector públic assenjala que “la mateixa haurà de coordinar la supervisió en matèria de contractació pública dels poders adjudicadors del conjunt del sector públic amb la finalitat de vetlar per la correcta aplicació de la legislació en aquesta matèria, atés que les comunitats autònomes poden crear les seues pròpies oficines de supervisió”.

Mancaria de sentit i seria totalment inviable que unes instruccions com les que són objecte de la consulta foren aplicable a tot el sector públic allí on no hi ha oficina similar en la comunitat autònoma i, no obstant això, sí que ho foren on no hi ha creada una oficina en l'àmbit autonòmic.

En tercer lloc, i al marge de tot això, la Instrucció 1/2019 res dista de l'informat per aquesta Junta Superior de Contractació Administrativa sobre la contractació menor en els seus informes 4/2018, de 15 de juny, Informe 5/2018, de 15 de juny de 2018, i Informe 8/2018, de 15 de juny.

Totes les qüestions que planteja la Instrucció han sigut prèviament objecte de pronunciaments per aquest òrgan consultiu de manera similar a les interpretacions que fa l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació. És més, trobem en la mateixa algun paràgraf idèntic al contingut en els nostres informes concretament l'Informe 4/2018, en referir-se a l'àmbit temporal de les limitacions assenyalades en l'article 118.3.

L'única qüestió clarament nova i que, a parer nostre, no casa amb l'essència d'una Instrucció que no pot tindre el caràcter de norma bàsica, és la de l'exigència obligatòria de tres pressupostos i, a més, per a qualsevol quantia, en cas d'adjudicació directa del contracte menor. Potser hauria sigut preferible que la Instrucció haguera fet una recomanació en aquest sentit, perquè la veritat és que la LCSP, ni en el article 118 ni en l'article 131, estableix o regula aquesta obligatorietat.

En aquest sentit, res ha d'objectar aquesta Junta a la voluntat de l'òrgan de contractació de petició de tres pressupostos i la necessitat quan aquesta obligació podria ser aplicable a contractes finançats amb fons europeus o derivats de subvencions, la qual cosa d'altra banda excediria de les seues competències com a òrgan consultiu. Però l'obligatorietat que denota la Instrucció entenem que és una qüestió la regulació de la qual correspon: o bé a un desenvolupament mitjançant modificació de la LCSP amb caràcter general per a tot el sector públic o bé mitjançant desenvolupament per llei dels aspectes que no constitueixen legislació bàsica del contracte menor i que poden ser objecte de regulació per les comunitats autònomes, si es vol aplicar amb caràcter general a l'administració de la Generalitat i el seu sector públic instrumental, o bé mitjançant normes internes dels òrgans de contractació en cada entitat o poder adjudicador.

Ens sembla que la fonamentació de mesura antifrau o per a la concurrència que afirma l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació s'aconsegueix en tot cas acudint a procediments amb publicitat i concurrència més àgils, com el que estableix l'article 159.6 de la LCSP, o fins i tot sense acudir a aquest procediment, donant publicitat en la Plataforma de contractació del sector públic al contracte menor i permetre la concurrència podent presentar oferta qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i habilitació, si escau. I a això afegiríem una adequada planificació, la contractació per lots i evitar el fraccionament indegut i la utilització del contracte menor per a finalitats diferents dels que es va configurar, és a dir, per a una necessitat concreta, determinada en el temps i de ràpida resposta, i no per a



actuacions necessàries recurrents i de tracte successiu.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- Del que es disposa en l'article 332 de la Llei de contractes del sector públic (LCSP) no es desprén que la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer, de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació siga obligatòria per al sector públic de la Generalitat. L'apartat d) del número 7 d'aquest article estableix únicament que les instruccions d'aquesta oficina seran obligatòries per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat i que es podran aprovar per a les finalitats que en el mateix apartat s'estableixen.

SEGONA.- De l'anterior es dedueix que obligació en la Instrucció, de sol·licitar almenys tres pressupostos en els contractes menors en els casos d'adjudicació directa, no pot ser aplicable als contractes d'aquestes característiques que s'adjudiquen pel sector públic de la Generalitat, llevat que una norma amb rang de Llei o similar en el dret comunitari, com en el cas de contractes finançats amb fons comunitaris i derivats de subvencions així ho exigisca. No obstant això, els òrgans de contractació poden dictar normes internes referent a això o la mateixa Generalitat legislar sobre aquest tema.

TERCERA.- La publicitat i la concurrència en la contractació menor tenen major salvaguarda acudint a procediments àgils com prevé el article 159.6 de la LCSP, o donant publicitat en la Plataforma de contractació del sector públic al contracte menor i promovent la concurrència podent presentar oferta qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i habilitació, si escau. A això, pot afegir-se una adequada i diligent planificació, la contractació per lots i evitar el fraccionament indegut i la utilització del contracte menor per a finalitats diferents dels que es va configurar, és a dir per a una necessitat concreta, determinada en el temps i de ràpida resposta, i no per a actuacions necessàries recurrents i de tracte successiu.

LA SECRETÀRIA

**Viat i plau LA PRESIDENTA
SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC.**

**APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data de 13 de juny 2019**