



Informe 6/2021, de 3 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Asunto: Aplicabilidad a los procedimientos de contratación de los entes públicos autonómicos de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 21 de enero de 2021, se solicita por parte del Director Gerente de la Fundación para la Formación e Investigación de los Profesionales de la Salud de Extremadura (*en adelante FUNDESALUD*), adscrita a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Junta de Extremadura, informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El objeto de la consulta versa sobre la aplicabilidad a los poderes adjudicadores no administración pública adscritos a la sector público de la Comunidad Autónoma de Extremadura de las previsiones en materia de preparación y adjudicación de contratos menores de la Instrucción 1/2019 de 28 de febrero, aprobada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (*en adelante OIRESCON*) y publicada por Resolución de 6 de marzo de 2019 en el BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 3 de junio de 2021, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS

1º.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como del Registro Oficial de Licitadores y del Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

El artículo 17 del mencionado Decreto 16/2016, recoge los órganos competentes para formular la solicitud de informe, y en concreto en el apartado 1.f) se citan a los Presidentes, Directores o Gerentes de los Entes Públicos u Organismos Autónomos dependientes de la Junta de Extremadura.

FUNDESALUD es una Fundación del Sistema Sanitario Público de Extremadura sin ánimo de lucro y con fines de interés general adscrita a la Consejería de Sanidad y Servicio Sociales de la Junta de Extremadura.

Su constitución fue autorizada mediante Decreto 62/2004, de 20 de abril, encontrándose inscrita en el Registro de Fundaciones de competencia estatal con el número 788 mediante Orden ECI/4550/2004, de 22 de diciembre, e incluida entre las entidades beneficiarias del mecenazgo, relacionadas en el artículo 16 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre.

Sus fines son:

- El fomento de la I+D+i en el ámbito de la salud, y la promoción de los avances científicos y sanitarios, a través de la difusión de sus resultados por los medios

oportunos, y la transferencia de conocimiento y resultados entre los agentes del entorno de la I+D+i en salud.

- Instrumentar y desarrollar programas de actividades docentes para los profesionales de la salud, en cooperación con la Escuela de Ciencias de la Salud y de la Atención Social de Extremadura, y cualquier otro Organismo o Entidad, nacional o extranjera, cuyos objetivos sean afines en esta materia.
- El desarrollo de proyectos y estudios en el ámbito de la Salud y afines, que tengan carácter nacional o internacional.
- Apoyo y fortalecimiento de las estructuras de I+D+i, de la región de Extremadura, a través del fomento de los recursos materiales y humanos, de las inversiones en infraestructuras y la consolidación de la red de agentes actores tanto nacionales como internacionales.
- Promover y fomentar el tejido empresarial del sector salud y afines, en la región de Extremadura y en aquellos ámbitos en los que la Fundación desarrolle su actividad, en colaboración con los otros agentes actores de la región destinados al mismo fin.
- Fomento de la internacionalización de la I+D+i, participando con instituciones, nacionales e internacionales, en el desarrollo de estrategias, consorcios, foros, proyectos, y cualquier otra acción, encaminada a la mejora y el desarrollo de políticas sociales que persigan la equidad, la cohesión social y la igualdad en los derechos humanos, con especial interés en el ámbito de la salud.
- Fomento de las estrategias de calidad en los servicios de salud a través del desarrollo de proyectos, programas, y cualquier tipo de intervención encaminada a mejorar la capacitación y la investigación de los profesionales de la salud en esta materia.
- Fomento de la Cooperación Internacional de Extremadura con terceros países, mediante el desarrollo de programas, proyectos y cualquier otro tipo de intervención encaminados a la potenciación del desarrollo sostenible, la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos, el apoyo al desarrollo y fortalecimiento de las

instituciones y el intercambio de recursos materiales y humanos para la generación de lazos estables de colaboración entre los países.

- Cualesquiera otros que se consideren oportunos por su Patronato y relacionados con los fines de la Fundación.

Por lo expuesto, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1.f) del artículo 17 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como del Registro Oficial de Licitadores y del Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el Director Gerente de la FUNDESALUD se encuentra legitimado para solicitar informe a este órgano colegiado.

2º.- Grado de sujeción de FUNDESALUD a 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 (en adelante LCSP).

Antes de analizar las cuestiones planteadas hemos de dilucidar la aplicabilidad de la LCSP a la Fundación FUNDESALUD, en cuanto a su posible consideración como poder adjudicador no Administración Pública.

- La LCSP, lo considera dentro de su sector público, conforme al artículo 3.1.e) y como poder adjudicador no administración Pública, conforme al artículo 3.3 b), estando regulados los contratos de este tipo de entidades en el Título I del Libro Tercero (artículos 316 - 320)
- En cuanto a la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura (*en adelante LCPSREx*), regula su ámbito subjetivo en su artículo 2, encuadrando sus contratos en el artículo 2.1.

En el preámbulo de la LCSP se indica que una de las principales novedades de la ley es la regulación en el Libro III de los contratos de PANAPs, con “la supresión de las instrucciones de contratación, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, estableciéndose claramente la

regulación que les resulta aplicable. En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones Públicas, si bien se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos, a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las citadas Administraciones.”

En relación a los requisitos a cumplir para ser calificado como poder adjudicador, las STJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01, recogen que los criterios tienen carácter acumulativo y que deben cumplirse conjuntamente.

En base a los artículos expuestos, se considera a FUNDESALUD como poder adjudicador no Administración Pública al amparo de lo previsto en el artículo 3.3 b) de la LCSP.

3º.- Análisis de fondo sobre aplicabilidad a los procedimientos de contratación de los entes públicos autonómicos de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de la OIRESCON.

Las cuestiones planteadas por FUNDESALUD, se basan en establecer si ha de seguirse la exigencia establecida en la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIRESCON, en relación a la obligatoriedad de solicitar tres ofertas en todos los expedientes de contratación menor, o bien seguir el criterio fijado en la Recomendación 1/2018, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre tramitación de los contratos menores, en la que se recomienda “solicitar al menos tres ofertas para importes superiores a 3.000 euros.”

Ámbito de actuación de la OIRESCON.

Del artículo 332 de la LCSP se desprende un ámbito de aplicación general “velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública.” No distingue entre sector público que tenga la condición de poder adjudicador que sea Administración

Pública, ya sea estatal, autonómica o local, o no sea Administración Pública, o el que no tenga dicha condición.

El apartado 7 del artículo 332, relaciona las actuaciones de la OIRESCON para ejercer sus funciones, estableciendo en relación con las instrucciones que fijan pautas de interpretación y de aplicación, que serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado.

Por su parte, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 6 le otorga a las instrucciones la facultad de:

“dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes “precisando que “su incumplimiento no afecta por si solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”.

En este sentido se pronuncia el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en el Informe HIP19/2019 cuando afirma que *“.....poco cabe insistir en que las Instrucciones (al igual que las circulares y las órdenes de Servicio) no son una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria sino de la jerarquía administrativa, pues no innovan el ordenamiento jurídico sino que contienen órdenes generales impartidas por un órgano a los que de él dependen, señalándoles u orientándoles el sentido de su actuación o la interpretación que deben darse- a juicio del superior jerárquico- a las normas”.*

De igual forma, en el ámbito autonómico, la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura otorga ese mismo carácter a las instrucciones en su artículo 71 *“normas internas dirigidas a establecer pautas o criterios de actuación por las que han de regirse en general las unidades dependientes del órgano que las dicta.”*

Solicitud de ofertas.

De la redacción de la Recomendación 1/2018, de 18 de mayo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Instrucción de la OIRESCON se desprende lo siguiente:

- La Recomendación 1/2018 en su cláusula séptima establece lo siguiente:

“Los contratos menores se adjudicarán directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación contractual, siempre que no se encuentren incursos en prohibición de contratar, lo que no debe obstar para promover la concurrencia aun en este tipo de adjudicaciones directas y resulte deseable solicitar al menos tres ofertas para importes superiores a 3.000 euros que acrediten la mejor relación calidad precio y la eficiencia en la aplicación de recursos públicos.”

- La Instrucción 1/2019 de la OIRESCON establece en su apartado III. 4 , lo siguiente:

“En los términos ya expresados en el epígrafe anterior y con el fin de velar por la mayor concurrencia, el órgano de contratación solicitará, al menos, tres ofertas que se incorporarán al expediente junto con la justificación de la selección de la oferta de mejor relación calidad-precio para los intereses de la Administración, tal y como se ha indicado en el primer punto. De no ser posible lo anterior, debe incorporarse al expediente la justificación motivada de tal extremo.”

A este respecto, la LCPSREx viene a solventar la duda planteada, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 20 de dicha ley:

“En los contratos menores de obras de valor estimado igual o superior a 15.000 euros, y en los de servicios y suministros de valor estimado igual o superior a 3.000 euros, que celebre la Junta de Extremadura y el sector público autonómico que tenga la consideración de poder adjudicador, será preceptiva la consulta previa a un mínimo de tres empresas que puedan ejecutar el contrato, utilizando para ello medios telemáticos.

No procederá la consulta cuando la prestación objeto del contrato solo pueda ser prestada por un único empresario, o cuando la tramitación de la consulta dificulte, impida o suponga un obstáculo para satisfacer de forma inmediata las necesidades que en cada situación motiven el contrato menor. En estos casos se justificará dicho extremo en informe motivado que se incorporará al expediente. En cualquier

circunstancia, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida, sin necesidad de informe motivado, si se diera publicidad previa a la licitación”.

Asimismo el resto de exigencias establecidas en la Instrucción 1/2019 objeto de consulta, se advierte que ya nuestra Recomendación 1/2018 las tuvo en cuenta, tales como:

1º.-Justificar la no alteración del objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de la contratación:

Teniendo en cuenta que tanto la Instrucción como la Recomendación hacen referencia a la versión original del artículo 118.3 de la LCSP:

“ 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”

Estando vigente actualmente la redacción dada el 4 de febrero de 2020:

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.

Ambas coinciden en que no pueden ser objeto de un contrato menor prestaciones sucesivas, que año tras año respondan a una misma necesidad para la entidad contratante, cualitativamente iguales. Por ello exigen la justificación de la necesidad de la contratación, su planificación, y requiriendo, cuando las necesidades sean periódicas y repetitivas recurrir a los procedimientos ordinarios.

2º.- Unidad Funcional:

La Instrucción 1/2019 exige justificar que no se han separado las prestaciones que forman la “Unidad funcional” del objeto del contrato con el único fin de eludir las

normas de publicidad en materia de contratación. Entiende la Instrucción que el criterio relativo a la Unidad Funcional para distinguir si existe fraccionamiento en un contrato menor estriba en si se pueden separar las prestaciones que integran el citado contrato; y en el caso de que se separen, si las prestaciones cumplen una función económica o técnica por si solas.

En este sentido, la Recomendación 1/2018, de 18 de mayo de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al exigir que no se altere el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, considera que se estarían alterando si las prestaciones a contratar forman una unidad funcional., entendiéndose que existe *“si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza”*

3º Ámbito Temporal:

Según la Instrucción 1/2019 en relación a la limitación temporal del contrato menor, se afirma que no aparece reflejada en la LCSP, y sí que se hace referencia a ella en el artículo 29.8, delimitando su duración a un período no superior a un año.

La mencionada instrucción considera el ámbito temporal referido al ejercicio presupuestario por los motivos siguientes:

- La anualidad presupuestaria conecta directamente con la necesaria programación de la contratación pública a desarrollar en un ejercicio presupuestario, como establece el artículo 28 de la LCSP.
- Facilita la comprobación por los órganos encargados de la fiscalización de las cuentas públicas, rendidas y contabilizadas siempre por ejercicios presupuestarios.

Desde esta Junta Consultiva se tiene en cuenta la anualidad presupuestaria con cargo a la cual se imputen los créditos que financian la ejecución de los contratos menores. Si abarca dos ejercicios presupuestarios el cómputo, a efectos de límite cuantitativo, se realizará en aquél en el que se suscriba el contrato y por la totalidad de su importe.

III. CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Junta Consultiva concluye que FUNDESALUD tiene naturaleza de poder adjudicador, siendo considerado como Poder Adjudicador no Administración Pública, aplicándose a los contratos que suscriba, tipificados como privados, de valor estimado inferior a las cantidades previstas como máximas para poder calificar a un contrato como menor del artículo 118 de la LCSP, lo establecido en el Título I del Libro Tercero de la LCSP, en cuanto a su preparación y adjudicación.

El plazo máximo de duración de estos contratos será el de un año previsto en el artículo 29.8 de la LCSP, no pudiendo ser objeto de prórroga.

Respecto al contenido y el tratamiento de los gastos repetitivos o periódicos se estará a la necesidad de planificación de la actividad contractual recogida para los contratos menores, remitiéndonos a la Recomendación 1/2018 de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Las dudas planteadas entre la Instrucción de la OIRESCON y la Recomendación 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Extremadura deben entenderse aclaradas conforme a la literalidad de la LCPSREx, la cual en su artículo 20 establece el régimen a seguir en cuanto a la solicitud de ofertas por parte de todos los órganos de contratación de la Junta de Extremadura.

En los contratos menores de obras de valor estimado igual o superior a 15.000 euros, y en los de servicios y suministros de valor estimado igual o superior a 3.000 euros, que celebre la Junta de Extremadura y el sector público autonómico que tenga la consideración de poder adjudicador (entre los que tenemos que incorporar a FUNDESALUD), será preceptiva la consulta previa a un mínimo de tres empresas que puedan ejecutar el contrato, utilizando para ello medios telemáticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 de la LCPSREx, modificado por el artículo 15 del Decreto-Ley 12/2020, de 19 de junio, de medidas extraordinarias y

urgentes para la reactivación de la actividad económica y social en la Comunidad Autónoma de Extremadura en el proceso hacia la “Nueva Normalidad”.

No procederá la consulta cuando la prestación objeto del contrato solo pueda ser prestada por un único empresario, o cuando la tramitación de la consulta dificulte, impida o suponga un obstáculo para satisfacer de forma inmediata las necesidades que en cada situación motiven el contrato menor. En estos casos se justificará dicho extremo en informe motivado que se incorporará al expediente. En cualquier circunstancia, la solicitud de tres ofertas se entenderá cumplida, sin necesidad de informe motivado, si se diera publicidad previa a la licitación.

