

Informe 20/2016, de 20 de diciembre de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Instrucciones de Contratación del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud.

I. ANTECEDENTES

La Directora Gerente del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS), entidad de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito de 31 de agosto, que tuvo entrada el 13 de septiembre de 2016, en el que solicita informe sobre el proyecto de Instrucciones de Contratación del Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud, aplicables para la adjudicación de los contratos, no sujetos a regulación armonizada, que celebre la entidad.

Se acompaña el texto de las Instrucciones, así como el informe preceptivo de la Dirección General de Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 25 de julio de 2016. Se han incorporado, al texto propuesto, las sugerencias efectuadas por la Dirección General de Servicios Jurídicos aunque no en su totalidad.

El pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de diciembre de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

Este informe se emite con carácter facultativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.2 y 4.b) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, que le atribuye la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa, y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración; y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6. e) del mencionado Reglamento.

II. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del IACS a efectos de aplicación del TRLCSP.

El Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS), fue creado por la Ley 6/2002, de 15 de abril, Ley de Salud de Aragón, como una entidad de Derecho Público adscrita al Departamento responsable de Salud, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, así como de plena capacidad para el cumplimiento de los fines de colaboración en el desarrollo de los servicios del Sistema de Salud de Aragón, mediante la formación de los recursos humanos, el fomento de la investigación, la asesoría y cooperación y el aumento del conocimiento sobre la salud de la población y sus determinantes.

El artículo 64 y siguientes, de su ley de creación, establece que el IACS se registrará por lo dispuesto en la misma, por la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y demás disposiciones aplicables. En las relaciones externas, contratación y tráfico patrimonial y mercantil ajustará su actividad al ordenamiento jurídico privado, con las excepciones legalmente previstas.

La remisión a esta Junta Consultiva de sus Instrucciones internas para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada parte de la consideración del IACS como poder adjudicador no administración pública, en aplicación de lo dispuesto en el art. 191 TRLCSP. Se recomienda, sin embargo, revisar tal consideración al propio IACS a la vista de los cambios operados en el concepto de Entidad Pública Empresarial por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, por si de dicho análisis resultase para el IACS un régimen de contratación diferente.

Y es que el artículo 103 de la Ley 40/2015 determina que para poder ser considerado Entidad Pública Empresarial (y deducir su condición de no administración pública a efectos del TRLCSP), resultará necesario que el organismo público se financie mayoritariamente con ingresos de mercado. En caso contrario, su naturaleza será análoga a la de un Organismo Autónomo, con un sometimiento pleno a la legislación sobre contratación del sector público. Esta Junta, mediante la Circular 1/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre *«alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable»*, argumentó el carácter análogo de los Entidades de Derecho Público de Aragón con las Entidades Públicas Empresariales estatales al considerar que *«tienen características formales y de gestión que los asimilan a las Entidades Públicas empresariales»*. Tal conclusión resultaba de la comparación del régimen jurídico de las Entidades Públicas Empresariales contenido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), con el régimen de los artículos 79 a 82 de la Ley de

Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio) de los Entes de Derecho Público.

El cambio operado en la Ley 40/2015, que aunque no es básica en la definición del concepto de entidad pública empresarial, debe ser considerado a efectos de interpretar el art. 3.2.e) TRLCSP (precepto que sí es básico) que alude a las «*Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales*», obliga a revisar la conclusión alcanzada en la antecitada Circular. Así, para afirmar ahora que las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales no tendrán la consideración de Administración pública a efectos de contratación debe atenderse a la circunstancia de que se financien «*mayoritariamente con ingresos de mercado*» como dato relevante para determinar su régimen de contratación. Si la financiación de una entidad autonómica no procede «*mayoritariamente de ingresos de mercado*» no cabrá entonces afirmar su naturaleza análoga a las Entidades Públicas Empresariales, y por tanto, su contratación quedará sometida íntegramente a las disposiciones del TRLCSP, sin que resulte admisible que la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada se regule en unas instrucciones internas de contratación.

El IACS obtiene en la actualidad tanto ingresos de mercado como financiación pública. Desde la perspectiva de la configuración del sector público aragonés, y la aplicabilidad a éste de la normativa pública en materia de contratación actualmente en vigor, el IACS es poder adjudicador sin ninguna duda. Y tendrá la consideración de Administración Pública o no en función de que sus ingresos ordinarios sean mayoritariamente de mercado. Y, para delimitar cuándo se entenderá que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado, deberá estarse a su consideración, o no, de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010), regulado en el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de

2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, de directa aplicación.

III.- Examen de las Instrucciones de Contratación del IACS:

Bajo la premisa de la que parte el IACS al solicitar el Informe sobre sus Instrucciones internas de contratación, de que se considera un poder adjudicador no administración pública, se procede a continuación a realizar el análisis de las mismas. No obstante, las observaciones y sugerencias que se formulan deben entenderse condicionadas al mantenimiento de tal consideración, tras el análisis que debe realizar el IACS respecto del régimen de su financiación, en el sentido apuntado en el apartado anterior.

Para este análisis esta Junta considera oportuno tener como referencia la Recomendación 1/2008 de 10 de junio de 2008, relativa a «Preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada», que expresamente dedica su apartado segundo precisamente al contenido de los manuales de instrucciones. Pero también, desde la perspectiva de garantizar la mayor transparencia, publicidad, concurrencia y seguridad jurídica que demandan las nuevas Directivas en materia de contratación pública.

Las Instrucciones además, ya han sido objeto de un análisis detallado por parte de la Dirección General de Servicios Jurídicos, recogándose en la propuesta de instrucciones trasladada, la mayoría de las indicaciones efectuadas en el mencionado informe.

Este informe realiza en primer lugar un breve análisis de la estructura del proyecto de Instrucciones del IACS, y en segundo lugar analiza el contenido de dichas instrucciones.

a) Análisis de su estructura y sistemática:

Las Instrucciones del IACS se organizan mediante una introducción, siete grandes apartados, dos de ellos con varios subapartados, y un anexo.

El segundo apartado lleva por título DISPOSICIONES GENERALES, y se organiza en 19 subapartados, enumerados con un cierto desorden ya que abordan cuestiones relativas tanto a la preparación como a la adjudicación y formalización de sus contratos, sin que los apartados sigan aparentemente ningún orden lógico, ni por la fase del procedimiento a la que pertenecen, ni un orden temporal respecto de su realización. Así por ejemplo el subapartado 2.9 se refiere a la posibilidad de retirada de las ofertas, mientras que el subapartado 2.12 hace referencia a la presentación de las proposiciones, que es un hecho anterior en el tiempo a su retirada. Lo mismo sucede con el subapartado 2.13 relativo a la publicidad, que procedimentalmente también sería anterior a ambas.

Se aconseja efectuar una organización más sistemática de los apartados incluidos en las DISPOSICIONES GENERALES, estableciendo, por ejemplo, primero los apartados relativos a la preparación de la licitación (subapartados 2.1 a 2.7, 2.11, 2.13, 2.12, 2.1 y 2.15) y posteriormente los relativos a la adjudicación (2.8, 2.9, 2.10, 2.16 y 2.17) y formalización (2.18 y 2.19).

El tercer apartado, referido a los PROCEDIMIENTOS DE LICITACION, establece 6 subapartados que se refieren a seis procedimientos de licitación: la contratación directa, el procedimiento de consultas al menos a tres empresas, un procedimiento de concurrencia limitada con consultas igualmente a al menos tres empresas, el procedimiento de concurrencia no limitada con publicidad prevista en el Perfil de Contratante, los Acuerdos Marco y el Diálogo Competitivo como procedimiento excepcional.

Con independencia de su contenido, que es objeto de análisis posterior, estructuralmente no hay mucha diferencia entre el subapartado 3.2 relativo al

procedimiento de consultas y el subapartado 3.3 relativo al procedimiento de concurrencia limitada, salvo en la cuantía prevista para la utilización de uno u otro, o la exigencia de un pliego de condiciones en el segundo, dado que ambos procedimientos se adjudican previa solicitud de tres ofertas, lo que podría resultar confuso.

El cuarto apartado de la Instrucción, que lleva por título SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA, se refiere a supuestos concretos en los que procedería aplicar un procedimiento ya referido en el apartado anterior de la Instrucción, la contratación directa. Quizá sería aconsejable una referencia conjunta de ambas cuestiones en el mismo apartado que regule toda la contratación directa, tanto para el supuesto de utilización por razón de la cuantía, como para el supuesto de utilización por los supuestos específicos que detalla el apartado cuarto de la Instrucción.

b) Análisis del contenido de las instrucciones del IACS:

En cuanto a su contenido, el artículo 191 TRLCSP establece como punto de partida que, las Instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública, para contratos administrativos de importes inferiores a los umbrales comunitarios, deben garantizar como mínimo, que cumplen los siguientes requisitos:

«a) La adjudicación estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

b) Los órganos competentes aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento interno, en las que se regulen los procedimientos de contratación y que garanticen el cumplimiento de los principios enumerados en el apartado anterior y también que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

c) Se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo

importe supere los 50.000 euros en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.»

El proyecto de instrucciones que se analiza no es extenso en su contenido. Y, si bien es cierto que las instrucciones únicamente deben reflejar las características específicas del poder adjudicador, lo cierto es que las mismas no pueden alterar las normas y principios de obligado cumplimiento para todos los poderes adjudicadores.

Esto podría suceder en las instrucciones examinadas, respecto de dos aspectos que se consideran relevantes. En primer lugar no se contempla correctamente la publicidad obligatoria en el Perfil de Contratante y en la Plataforma de Contratos del Sector Público, y con ello la garantía de concurrencia de licitadores, en los contratos de obras con importes entre 50000 y 1 millón de euros, cuando estos no estén circunscritos a alguno de los supuestos específicos en los que el TRLCSP permite limitar la concurrencia. Esta necesidad de publicidad en el Perfil de Contratante para los contratos de importe superior a los 50 000 euros, ya se indicaba en el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos de estas Instrucciones, si bien no se ha reflejado adecuadamente en el subapartado 3.3 de las mismas al establecerse un PROCEDIMIENTO DE CONCURRENCIA LIMITADA para dichas cuantías, conforme al cual *«se solicitarán al menos tres ofertas»*, pero sin contemplar en ningún caso una publicidad de la licitación.

En segundo lugar, se permite efectuar una presunción de la solvencia del contratista, a priori contraria a las normas generales de contratación, las cuales pese a que cada vez tienden hacia una mayor simplificación de la documentación de los licitadores, exigen en todo caso, que el contratista demuestre tener plena capacidad de obrar, justifique expresamente su solvencia, y se constate que no incurre en prohibiciones de contratar o que no tiene deudas pendientes con la administración.

Respecto a la ausencia de publicidad, las Instrucciones, al regular en el subapartado 3.3 el PROCEDIMIENTO DE CONCURRENCIA LIMITADA, incluyen los contratos de obra con valor estimado de hasta 1 millón de euros. En estos casos la Instrucción solo contempla el Perfil de Contratante para publicar la adjudicación y formalización del contrato, pero no para informar de la licitación misma en sentido estricto, lo que contraviene las exigencias derivadas del principio de publicidad del artículo 190 del TRLCSP, que exige la inserción en el Perfil del Contratante de la entidad de la «*información relativa a la licitación*» de los contratos cuyo importe supere los 50 000 euros.

Estas licitaciones deben publicarse, y no basta con la mera publicación posterior de su adjudicaciones, como se deduce del hecho de que el mismo artículo 190 del TRLCSP permite que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar «*otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión*», entendiéndose por éstas aquéllas que como el Perfil puedan estar al alcance de los licitadores que deseen participar en concurrencia.

Por otro lado, la solicitud únicamente de al menos tres ofertas tampoco puede interpretarse como una alternativa de difusión para contratos en cuantías tan elevadas. En este caso, la regulación de la contratación europea debe servir de referencia también en los contratos no armonizados, sin que sea posible regulaciones que de facto comporten efectos que se consideren contrarios a las reglas propias de la contratación pública, como sería dejar sin publicidad en el Perfil con carácter general todos los contratos de obras con valores entre 50.000 y 1 millón de euros.

En este sentido, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho europeo, aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006), a la que expresamente también se refiere el informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, establece que el contenido armonizado que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible

regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública.

Así lo afirman también los tribunales administrativos de contratación pública, por ejemplo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 121/2012, de 23 de mayo, dice que: *«El interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre competencia, no discriminación y transparencia».*

El principio de transparencia debe garantizar a los potenciales licitadores una publicidad adecuada, que permita generar una competencia real en el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Así lo ha establecido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como la STJUE de 7 de diciembre de 2000 –ARGE- , en la STJUE de 15 de octubre de 2009, - Acoset- y STJUE de 6 de abril de 2006 –ANAV- o en la STJUE de 16 de septiembre de 2013 –Comisión/Reino de España-).

Por los motivos expuestos, no se considera adecuado recurrir a la solicitud de únicamente tres ofertas (incluso de una sola oferta, o dos si se justificara) en los contratos de obras mencionados en el procedimiento de concurrencia limitada, proponiéndose en estos supuestos una publicación de la licitación en el Perfil de Contratante y en la Plataforma de Contratos del Sector Público, además de en otros medios de divulgación alternativos en cuanto a difusión y publicidad para estos importes, a través bien de un procedimiento similar a un procedimiento abierto con una tramitación simplificada, o bien dentro del procedimiento de concurrencia no limitada, que regula la propia instrucción en el apartado 3.4.

Por otro lado, el subapartado 2.13 de estas instrucciones, que lleva por título PUBLICIDAD, no aclara nada a este respecto ya que es un apartado genérico que se limita a repetir el artículo 190 del TRLCSP, indicando que publicará la información relativa a la licitación sus contratos de importe superior a 50 000 euros al Perfil de Contratante de la entidad, sin perjuicio de que el IACS pueda utilizar otros medios pero exclusivamente «adicionales» de publicidad. Publicar información sobre una licitación, con posterioridad a la celebración de la misma, no cumple la exigencia del principio de publicidad requerido.

Además, este PROCEDIMIENTO DE CONCURRENCIA LIMITADA del subapartado 3.3 de la Instrucción, en el que se obvia completamente la publicidad de la licitación en los contratos de obras superiores a 50 000 euros, se contradice con el apartado 5 de la misma Instrucción, que en relación con la actualización de las cuantías de los contratos establecidos en la Instrucción, se refiere a la cantidad de 50 000 euros como aquella por encima de la cual, debe utilizarse un procedimiento con publicidad en el perfil.

Por los motivos expuestos, se aconseja reconsiderar este procedimiento del apartado 3.3, eliminando la consulta realizada sólo a algunos licitadores y sustituyéndola por la publicación de la licitación en el Perfil de Contratante y en la Plataforma de Contratos del Sector Público.

El segundo aspecto que puede generar controversia en las Instrucciones examinadas, es la posibilidad de presumir la capacidad y la solvencia del licitador e incluso del contratista *«por la mera constancia del funcionamiento habitual del contratista en el tráfico mercantil propio del objeto del contrato»*.

Si bien el subapartado 2.6 de las instrucciones establece que quien contrate con el IACS deberá tener y acreditar plena capacidad de obrar, reunir los mínimos de solvencia económica, técnica y profesional que se requieran en la solicitud de ofertas o en el pliego, y no deberá estar incurso en ninguna prohibición de contratar; lo cierto es que, a lo largo de las instrucciones se

admite en varias ocasiones, la posibilidad de su presunción por la habitualidad del contratista en el tráfico mercantil.

Concretamente, se utiliza esta presunción en los procedimientos de contratación directa, en el procediendo de consultas y en el procedimiento de concurrencia limitada previsto para contratos de hasta un millón de euros.

Sin embargo, la capacidad del contratista y su solvencia son elementos que no pueden ser objeto de regulación por las Instrucciones, al ser materias de aplicación directa de la legislación de contratos del sector público para cualquier contrato público, al margen de su importe. Resulta incorrecto, por tanto, presumir la capacidad de obrar o la solvencia del licitador. Cosa distinta sería que, a efectos de una mayor simplificación del procedimiento, se admita en las Instrucciones o bien se exija, sustituir la comprobación inicial del cumplimiento de estos requisitos por una declaración responsable formal del licitador respecto a su cumplimiento, que serviría de prueba preliminar, pero que en todo caso, no sería tampoco una simple presunción de capacidad o solvencia.

En todo caso, salvo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.5 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción dada por Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, conforme al cual los licitadores o candidatos estarán exentos de los requisitos de acreditación de la solvencia económica y financiera y de acreditación de la solvencia técnica y profesional para los contratos de obras cuyo valor estimado no exceda de 80.000 euros y para los contratos de los demás tipos cuyo valor estimado no exceda de 35.000 euros, y siempre que en los pliegos del contrato no se haya establecido de modo expreso su exigencia, en el resto de contratos por encima de estas cuantías, el contratista debe acreditar siempre tanto su capacidad de obrar, como su habilitación profesional y su solvencia en todo caso, sin que pueda presumirse su existencia por el funcionamiento habitual del contratista en el tráfico mercantil, ni como licitador, ni como contratista, por lo que se

recomienda la supresión de todas las referencias a dicha presunción en la Instrucción.

Asimismo, resulta conveniente recoger en las Instrucciones que en caso de que el órgano de contratación no haya establecido los requisitos de solvencia resultará de aplicación la solvencia subsidiaria que marca el apartado cuarto del artículo 11 citado, tal y como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 175/2016.

Además, también deberá declararse expresamente, y no presumirse, que el contratista no se encuentra incurso en ninguna prohibición de contratar. Las prohibiciones de contratar y su regulación son aplicables a cualquier poder adjudicador. Además, han sido objeto de una mayor regulación y amplitud con las nuevas directivas de contratación pública, por lo que es un motivo más para recomendar que se evite cualquier presunción de capacidad y solvencia en las instrucciones analizadas.

El resto de los contenidos establecidos en la Instrucción se consideran correctos, sugiriéndose no obstante algunos cambios o mejoras en la redacción de los mismos, que son los siguientes:

a) En la INTRODUCCIÓN, se recomienda cambiar la expresión «*El artículo 191 b) del Real Decreto Legislativo...*», por «*El artículo 191 b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*», ya que el Real Decreto Legislativo mencionado es de artículo único.

b) En el apartado 1, ÁMBITO OBJETIVO, se propone denominar correctamente a la nueva directiva europea de contratación pública, como Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

c) En el subapartado 2.2 PERFIL DE CONTRATANTE, se considera necesario añadir que, además de en el Perfil de Contratante, es también obligatorio para todos los poderes adjudicadores, sean o no administración pública, publicar

tanto la licitación como la adjudicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público, tal y como exige la Ley 20/2013, de Unidad de Mercado, en su Disposición Adicional Tercera.

d) Respecto del subapartado 2.12. PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES POR CORREO, se propone la eliminación del segundo párrafo. Se considera desproporcionado que la Instrucción disponga que «*no será tenida en cuenta*» una proposición presentada correctamente a través de correos, cuando se ha advertido de su interposición al órgano de contratación, si tarda mas de tres días hábiles en llegar al lugar de presentación de proposiciones indicado en el anuncio. En este sentido, se considera que no sería posible excluirla por extemporánea, dado que se está admitiendo la presentación a través de correos con preaviso y, es precisamente aquella fecha la que computaría a efectos de plazo de licitación, por lo que no entraría fuera de plazo, y cualquier otro motivo de exclusión ajeno al licitador podría ser recurrible.

e) Respecto del apartado 2.13. PUBLICIDAD, de la información relativa a las licitaciones de importes superiores a 50 000 euros, se reitera lo ya mencionado respecto de la obligatoriedad de publicar también en la Plataforma de Contratos del Sector Público. Por otro lado, se considera vacía la remisión a otros medios adicionales de publicidad, si precisamente éstos no se indican expresamente en la Instrucción que es donde dice el artículo 191 del TRLCSP, que deberían especificarse en caso de considerarse necesarios.

f) Respecto del apartado 2.15. DOCUMENTACIÓN, la Instrucción analizada contempla solamente la posibilidad de que los pliegos de licitación admitan las declaraciones responsables sustitutivas de la documentación administrativa del licitador para los procedimientos en los que se opte por no constituir Mesa de Contratación. Se advierte que las declaraciones responsables pueden utilizarse también cuando en el procedimiento esté prevista la actuación de la Mesa de Contratación, e incluso, podría exigirse como obligatoria de forma similar a la establecida en el artículo 146 del TRLCSP.

g) Respecto del apartado 2.16. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, éste es un apartado genérico. Se comprueba la ausencia de fijación a priori de algunos criterios y sus puntuaciones, y de la determinación de la posible anormalidad de las ofertas. Simplemente se remite a lo que dispongan los pliegos en cada momento, pero sin predeterminar ningún aspecto.

h) Respecto del apartado 2.17. MESA DE CONTRATACION, la Instrucción no determina expresamente en qué procedimientos concretos estará prevista la constitución de Mesa de Contratación y en cuáles se prescindiría de ella, si bien, de sus apartados parece deducirse que únicamente podrá constituirse en su caso, en el procedimiento de concurrencia no limitada. Se advierte, no obstante, que su escasa utilización podría contravenir el principio de transparencia.

i) Respecto del apartado 2.18. RECURSOS Y JURISDICCION COMPETENTE, el párrafo segundo de este apartado parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el apartado 2.17 anterior y relativo a las Mesas de contratación. Primero se determina que las decisiones de las Mesas de Contratación serán susceptibles de recurso administrativo ante el órgano de contratación, como regla general, mientras que en el apartado siguiente, en el apartado 2.18 la instrucción determina que los actos de trámite de las Mesas de Contratación deberán solventarse ante la Jurisdicción civil. Deberá aclararse este apartado, o bien se propone incluso la eliminación del párrafo por ser reiterativo, puesto que ya se indican tanto la posibilidad de recurso de los actos de la Mesa ante el órgano de contratación, como la posterior competencia de la jurisdicción civil, en los apartados 2.17 y 2.18 respectivamente.

j) Respecto del apartado 3.4 PROCEDIMIENTO DE CONCURRENCIA NO LIMITADA, en el apartado c) del procedimiento se debería añadir la Plataforma de Contratación del Sector Público, de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de Unidad de Mercado.

k) Respecto del apartado 4 de la instrucción que lleva por título SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN DIRECTA, la Instrucción se refiere a tres supuestos concretos en los que, al margen de la cuantía que pueda alcanzar el contrato, procede efectuar una adjudicación directa, sin ninguna publicidad ni concurrencia del mismo. Básicamente coinciden con supuestos del procedimiento negociado por exclusividad o por imperiosa urgencia, si bien en este caso la Instrucción no determina ninguna negociación en la adjudicación.

Se reiteran en este punto las consideraciones que ya realizó esta Junta en el Informe 1/2016 de 20 de abril de esta Junta, sobre la utilización de estos supuestos: *«la elección del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, no sólo debe resultar conforme a la legalidad, sino que tiene que responder al principio de eficiencia que consagra la Constitución Española en el artículo 31, y que acoge el artículo 1 TRLCSP. Eficiencia que se consigue promoviendo la publicidad y la concurrencia siempre que sea posible».*

De esta forma, se recuerda que la utilización del primer supuesto de adjudicación directa establecido en la Instrucción, exigirá *«la constatación y acreditación clara e irrefutable, de que concurre una situación de exclusividad —como señala la Resolución 326/2015, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. Exclusividad que, como precisa la Directiva 2014/24/UE en su considerando 50, debe de ser una exclusividad objetiva, que no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación».*

Respecto al segundo supuesto de adjudicación directa, una imperiosa urgencia, con independencia de la cuantía del contrato, también se aconseja una utilización muy restrictiva del mismo y se recuerda igualmente que nunca puede utilizarse cuando la situación de urgencia sea imputable al poder adjudicador.

Por otro lado este supuesto se condiciona a que no pueda lograrse el mismo resultado mediante la aplicación de la tramitación de urgencia, regulada en estas instrucciones de contratación.

Sin embargo, no se encuentra ninguna regulación específica de la tramitación de urgencia en ellas. Tan solo se efectúa una mención de forma genérica en el apartado 2.11 PLAZOS, en el que se indica «*que podrán reducirse por razones de urgencia en los términos establecidos en estas instrucciones*» pero sin especificar esos términos.

l) No existe, como recuerda el Informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, ninguna instrucción especial respecto de la modificación de estos contratos. En este sentido, se recuerda que de existir tales modificaciones, deberán sujetarse a lo dispuesto en los artículos 105 a 107 TRLCSP.

m) Por último, respecto del ANEXO de las Instrucciones, en el que se reflejan los importes económicos que sirven para deslindar los contratos sujetos a regulación no armonizada (objeto de la instrucción), de los contratos sujetos a regulación armonizada, se propone su actualización ya que los importes referidos no son los actualmente vigentes.

III. CONCLUSIONES

I. Las conclusiones de este informe deben entenderse condicionadas al mantenimiento de la consideración del IACS como poder adjudicador no administración pública después de analizar la influencia que sobre dicho organismo puede tener el cambio operado en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Sólo si, realizado ese análisis, se comprueba que la financiación de dicha entidad procede «*mayoritariamente de ingresos de*

mercado» cabrá entender que se trata de una entidad autonómica análoga a las entidades públicas empresariales estatales.

En tal caso procederá deducir su carácter de no administración pública a efectos de contratación y someter la adjudicación de sus contratos no sujetos a regulación armonizada a unas Instrucciones internas.

II. Para el caso indicado, deben ser objeto de revisión las observaciones y sugerencias realizadas en este Informe, con el fin de incorporar las omisiones apreciadas y corregir las irregularidades advertidas.

Informe 20/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 20 de diciembre de 2016.