

I Contenido de las instrucciones de contratación de los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas y principales incumplimientos que pueden presentarse

1 Introducción

Las instrucciones de contratación que deben aprobar las entidades del sector público que son poderes adjudicadores, pero que no tienen el carácter de administraciones públicas, tienen por objeto, según el artículo 191¹ del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), regular los procedimientos de adjudicación de los contratos no SARA que garanticen el cumplimiento efectivo de **los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación**, a los que la adjudicación debe someterse **en todo caso** y que los contratos sean adjudicados a quien presente la **oferta económicamente más ventajosa**.

De conformidad con dicho artículo, no basta con que las instrucciones de contratación enumeren la aplicación de dichos principios, sino que **la Ley exige** que se garantice su aplicación efectiva mediante su integración en los procedimientos de contratación regulados por aquellas.

Debe considerarse también que el artículo 1 del TRLCSP, además de los principios generales, establece que uno de los objetivos de la ley es asegurar 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:**

- una **definición previa de las necesidades a satisfacer**,
- la salvaguarda de la **libre competencia**
- y la **selección de la oferta económicamente más ventajosa**.

Además, el TRLCSP, establece en su articulado determinadas normas que son de aplicación a **toda** la contratación del sector público, cuyo desarrollo parece lógico que debería incorporarse también a las instrucciones, con el objeto de unificar en un solo texto toda la normativa interna aplicable a la contratación.

Dado que estas disposiciones pueden suscitar interpretaciones diferentes, se ha realizado un análisis detallado de los principales aspectos que deben contener las instrucciones de contratación. Para ello, se ha tenido en consideración lo previsto por la TRLCSP, por la Comunicación Interpretativa de la Comisión publicada en el DOUE de 1-8-2006 y el contenido de la Instrucción 1-2008 de la Abogacía General del Estado.

La **finalidad** de esta Guía es fijar una serie de criterios orientativos, fundamentados en las disposiciones citadas, que permitan realizar las fiscalizaciones a los distintos equipos de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana y emitir los correspondientes informes de forma que se mantenga la mayor homogeneidad de criterios posible, considerando las circunstancias de cada situación.

Los criterios que se recogen en esta Guía no sólo son aplicables en la revisión de las instrucciones de contratación, sino que también orientan en la revisión de los contratos seleccionados para fiscalizar.

Con carácter previo a la lectura de esta Guía, deben leerse las secciones *4800-Fiscalización de la contratación del sector público valenciano* y *4801-Normativa y grado de aplicación*, del Manual de fiscalización.

¹ **TRLCSP- Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas**

Artículo 191. Adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada.

En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada serán de aplicación las siguientes disposiciones:

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

b) Los órganos competentes de las entidades a que se refiere esta sección aprobarán unas instrucciones, de obligado cumplimiento en el ámbito interno de las mismas, en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios enunciados en la letra anterior y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad.

...

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 del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión.

2. Existencia de instrucciones de contratación

La obligatoriedad de su elaboración y aprobación por el órgano competente viene establecida en el artículo 191.b) del TRLCSP.

Su no aprobación dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad, con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) No se ha tenido constancia de que el órgano competente de la Entidad/Sociedad haya aprobado las instrucciones de contratación previstas en el artículo 191 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público para los poderes adjudicadores que no son Administración pública. De conformidad con la Disposición transitoria quinta del TRLCSP, en ausencia de dichas instrucciones, la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el artículo 190.

En las **fiscalizaciones específicas de la contratación** se deberá verificar el acto de aprobación de las instrucciones o de sus modificaciones. Además, se deberá tener presente la Disposición transitoria quinta del TRLCSP, que señala que “en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 191.b), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas se regirán, para la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada, por las normas establecidas en el artículo 190.”

Adicionalmente, aunque no lo dice expresamente el TRLCSP, por razones de seguridad jurídica y por el principio de transparencia, en las instrucciones debería constar expresamente qué órgano competente las ha aprobado, la fecha de aprobación o modificación y la firma bien hológrafa o electrónica².

Ejemplo de buena práctica³ (ACCV):



En ausencia de estos datos se pondrá una **recomendación** similar al siguiente ejemplo:

- a) Se recomienda que en las instrucciones de contratación conste expresamente el órgano que las ha aprobado, la fecha de aprobación y la firma electrónica.

3. Las instrucciones deben publicarse en el perfil de contratante

La obligatoriedad de su publicación en el perfil de contratante viene establecida en el artículo 191.b) del TRLCSP.

Su no publicación en el perfil de contratante dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad, con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) No se han publicado las instrucciones de contratación en el perfil de contratante, en contra de lo que establece el artículo 191 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público.

² Debe considerarse lo dispuesto en la DA 16.1.f) del TRLCSP -Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley-, que establece que “Todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato deben ser autenticados mediante una firma electrónica reconocida...”.

³ A lo largo de esta guía se van a poner varios ejemplos de buenas prácticas, extraídas de las instrucciones de contratación de diversos entes públicos.

4. Aplicación de los principios de publicidad y concurrencia

El TRLCSP establece en su artículo 191.a) que los principios de **publicidad y concurrencia** serán aplicables “en todo caso” en la adjudicación de los contratos, sin excluir expresamente ningún contrato por su cuantía o por otras razones.

Y el artículo 191.b) establece que las instrucciones deben garantizar la efectividad de dichos principios.

Para la determinación del alcance de estos principios se debe tener en cuenta la Comunicación Interpretativa de la Comisión publicada en el DOUE de 1-8-2006 (ComCE) y la Instrucción 1-2008 de la Abogacía General del Estado (que recoge entre otros los criterios fijados en la ComCE), que se sintetizan a continuación junto con las consideraciones realizadas por la Comisión Técnica de Auditoría de la Sindicatura de Cuentas.

4.1 El principio de publicidad resulta sustancial en la fase de **licitación** y en la comunicación de la **adjudicación y posterior formalización**.

La única manera de que los principios generales de contratación se puedan cumplir es publicando un anuncio **suficientemente accesible antes de la adjudicación** del contrato, al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia **para que todas las empresas interesadas puedan presentarse a la licitación** (ver apartado 2.1.1 ComCE).

4.2 En los contratos de cuantía superior a 50.000 euros, el requisito de publicidad se entiende cumplido con la inserción de la información de la **licitación** en el perfil del contratante (artículo 191 TRLCSP).

Dicho lo anterior, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades alternativas de publicidad (en este caso el medio de publicidad debe ser proporcionado a la cuantía del contrato, su objeto, características particulares del sector a que se refiere –tamaño y estructura del mercado-, localización geográfica, etc.) o adicionales de difusión (art 191.c TRLCSP).

4.3 Respecto del **contenido** de la publicidad de la **licitación**, el anuncio puede limitarse a una breve descripción de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora. En caso de necesidad, podría completarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

Ejemplo de buena práctica (CIEGSA):

5.1. Inicio de la licitación.

La licitación se iniciará mediante la publicación en el perfil del contratante del anuncio de licitación

El anuncio fijará:

- a) El órgano de contratación.
- b) El tipo de procedimiento.
- c) Identificación del contrato.
- d) Plazo de presentación de las proposiciones.
- e) Lugar y dirección donde presentarlas.
- f) Día y hora de la apertura de la proposición económica.
- g) Los pliegos y la documentación complementaria de la licitación y el lugar de consulta.
- h) Cualquier otro contenido que deba recoger de conformidad con la normativa vigente.

4.4 Respecto de la publicidad de la **adjudicación**, hay que tener en cuenta que el artículo 53.2 TRLCSP obliga a publicar en el perfil, en todo caso, la adjudicación. La formalización también debe anunciarse en el perfil dado que constituye requisito de perfeccionamiento del contrato (art. 27 TRLCSP).

De manera análoga a lo previsto en el artículo 154.1 de la TRLCSP, sólo se podrá dispensar, de la obligación de publicar, la adjudicación de los contratos menores.

Por tanto, con las consideraciones de los apartados 4.1 a 4.4 anteriores, **las instrucciones deben incluir:**

- Cómo regular la publicidad de las licitaciones (si se utilizará el perfil de contratante y, en su caso, otros medios alternativos).
- Cómo regular la publicidad de las adjudicaciones y formalizaciones.

La no observancia en las instrucciones de los criterios señalados y en especial el establecimiento de instrucciones contrarias a los mismos, dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar a los siguientes ejemplos:

- a) Las instrucciones de contratación no regulan los procedimientos de publicidad de las licitaciones y/o adjudicaciones y/o formalizaciones, de manera que no se garantiza la aplicación del principio de publicidad, que requiere el artículo 191 del TRLCSP.
- b) Las instrucciones de contratación recogen determinados supuestos en los que no se da cumplimiento adecuado al principio de publicidad, ya que sólo se establece la obligatoriedad de publicar las adjudicaciones y/o formalizaciones de importe superior a 1.000.000 euros.

4.5 Posibilidad de que las instrucciones establezcan **procedimientos sin publicidad previa por razón de la cuantía** (similares al procedimiento negociado sin publicidad-PNSP).

Aunque el TRLCSP establece en su artículo 191.a) que el principio de **publicidad** será aplicable “en todo caso”, sin excluir ningún contrato por su cuantía, parece razonable considerar la “relajación” de esa exigencia hasta los límites establecidos por el TRLCSP para los PNSP adjudicados por las administraciones públicas.

Bajo esta interpretación, sólo se aceptará la no aplicación del principio de publicidad por razón de la cuantía, dentro de los límites aplicables a las administraciones públicas establecidos en el artículo 177.2 del TRLCSP: 200.000 euros para los contratos de obra y 60.000 euros para el resto de contratos.

Las instrucciones podrán denominar este tipo de contrato como “procedimiento negociado sin publicidad” o “procedimiento abreviado” o “simplificado” o con cualquier otra denominación que recoja expresamente los límites señalados (o unos inferiores).

En estos casos las instrucciones deben contemplar expresamente que **es necesario solicitar al menos tres ofertas** y dar publicidad a la adjudicación.

La no observancia en las instrucciones de los límites señalados dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad, con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) Las instrucciones de contratación contemplan determinados supuestos (contratos de suministro de importe superior a 60.000 euros e inferior a 1.000.000 euros) en los que no se aplican los principios de publicidad y concurrencia, que son de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 191.a) del TRLCSP.

(En el interior del informe debe darse más detalle sobre dicho incumplimiento).

- b) Las instrucciones de contratación regulan el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, pero no se establece la obligatoriedad de solicitar al menos tres ofertas, de manera que no se garantiza la aplicación del principio de concurrencia, que es de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 191.a) del TRLCSP.

Si las instrucciones no regulan expresamente estas excepciones, bien detalladamente o bien haciendo una referencia a que resulta de aplicación el artículo 177.2 del TRLCSP, las instrucciones serán conformes a la Ley, pero la entidad deberá tramitar los contratos por el procedimiento ordinario.

Si al fiscalizar los expedientes de contratación se observa algún contrato en el que no se ha aplicado publicidad y concurrencia, sin estar prevista tal situación en las instrucciones (aunque estuviera dentro de los límites previstos en el artículo 177.2), se considerará un incumplimiento de esos principios, que dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) La Entidad/Sociedad/Fundación ha adjudicado contratos sin publicidad previa ni concurrencia, principios que son de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 191 del TRLCSP. El procedimiento seguido no estaba previsto en las instrucciones de contratación tal como exige el mismo artículo.

- 4.6 Posibilidad de que las instrucciones establezcan **procedimientos sin publicidad previa por razones distintas a la cuantía** (por situaciones de extrema urgencia u otras circunstancias), (véase apartado 2.1.4 ComCE).

Como ya se ha indicado, el artículo 191.a) señala que los principios de **publicidad y concurrencia** serán aplicables “en todo caso”, sin excluir ningún contrato. No obstante, se admitirá la aplicación de los supuestos previstos en los artículos 171 a 175 del TRLCSP, pero sólo si se contemplan expresamente en las instrucciones.

Dentro de los supuestos posibles de exención están los contratos de obras **complementarias** regulados en el artículo 171.b) del TRLCSP.

Si las instrucciones no regulan expresamente estas excepciones, bien detalladamente o bien haciendo una referencia a que resulta de aplicación los artículos 171 a 175 del TRLCSP, las instrucciones serán conformes a la Ley, pero las excepciones no se podrán aplicar en la entidad.

Si al fiscalizar la contratación se observa algún contrato en el que no se ha aplicado publicidad y concurrencia por los motivos señalados en los artículos 171 a 175 del TRLCSP, sin estar prevista la situación en las instrucciones (aunque estuviera dentro de los límites previstos en el TRLCSP) se considerará un incumplimiento de esos principios, que dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) La Entidad/Sociedad/Fundación ha adjudicado contratos sin publicidad previa ni concurrencia, principios que son de carácter obligatorio en virtud de lo establecido en el artículo 191 del TRLCSP. El procedimiento seguido no estaba previsto en las instrucciones de contratación tal como exige el mismo artículo.

(En el interior del informe debe darse más detalle sobre dicho incumplimiento).

- 4.7 **Limitación del número de candidatos** invitados a presentar una oferta

Las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de **manera transparente y no discriminatoria**. Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán **optar por un sorteo**, bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios. En todo caso, el **número de candidatos preseleccionados** deberá responder a la necesidad de lograr una competencia suficiente (apartado 2.2.2 ComCE).

Dicha limitación deberá regularse expresamente en las instrucciones o se podrá hacer referencia al artículo 162 y siguientes del TRLCSP (sobre el procedimiento restringido). El número mínimo de empresarios a invitar no podrá ser inferior a cinco (art. 163.2 TRLCSP). En caso contrario las instrucciones serán conformes a la Ley, pero la limitación no se podrá aplicar en la entidad.

Si al fiscalizar los expedientes de contratación se observa algún contrato en el que se ha limitado el número de licitantes, sin estar prevista la situación en las instrucciones, se considerará un incumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia, y dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad.

- 4.8 **Procedimientos sin publicidad previa ni concurrencia: los contratos menores.**

Los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas puedan utilizar la figura del contrato menor, ya que el artículo 23.3 del TRLCSP, que se refiere a los contratos menores, extiende su aplicación a todo el sector público.

Las cuantías fijadas para considerar a un contrato como menor vienen establecidas en el artículo 138.3 del TRLCSP: se considera como menores los contratos de obra inferiores a 50.000 euros y los contratos de suministros, servicios y otros inferiores a 18.000 euros, que es de aplicación a todo el sector público.

Las instrucciones podrán denominar este tipo de contrato como “menores” o “de procedimiento abreviado” o “simplificado” o con cualquier otra denominación que recoja expresamente los límites señalados (o unos inferiores).

Ejemplo de buena práctica (ACCV):

IX. CONTRATOS MENORES

Tienen la consideración de contratos menores, los contratos de obras de importe inferior a 50.000 euros y los de servicios y suministros de importe inferior a 18.000 euros. Estos contratos podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación de que se trate.

La tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

La no observancia en las instrucciones de los límites señalados dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) Las cuantías fijadas para considerar los contratos de suministros, servicios y otros como menores superan los límites establecidos en el artículo 138.3 del TRLCSP, al que se remite el artículo 23.3 TRLCSP.

Si las instrucciones no regulan este tipo de contrato no podrán aplicarse en la entidad.

4.9 Regulación de las **modificaciones** y las **prórrogas** (véase artículo 23.2 TRLCSP).

Mientras no se produzca un mayor desarrollo legal que sea aplicable a las entidades del sector público distintas a las administraciones públicas, y con el objeto de evitar que se desvirtúen los principios de publicidad y concurrencia, las instrucciones podrán contener una regulación específica que señale los supuestos excepcionales en que resulten admisibles los modificados, así como sus límites y el procedimiento a seguir para la aprobación por el órgano competente. En defecto de esta regulación específica, al fiscalizar la contratación se tomarán como referencia los supuestos y límites que vienen establecidos en el TRLCSP para las administraciones públicas, a efectos de valorar si las modificaciones contractuales respetan o no aquellos principios. En cuanto a las prórrogas habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 23 TRLCSP.

Ejemplo de buena práctica (Circuito del Motor y PD SA):

Regla 8ª.- Plazo de los contratos

1. La duración de los contratos deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación, la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de su objetivo.
2. El contrato podrá prever una o varias **prórrogas** siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de ejecución de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga. En tal caso, la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario.

Aunque el TRLCSP no exige que las instrucciones recojan estos procedimientos, si las aquéllas no regulan expresamente estas situaciones se pondrá una **recomendación** similar al siguiente ejemplo:

- a) Se recomienda que en las instrucciones de contratación conste expresamente el procedimiento de modificación de contratos y sus requisitos. También deben regularse las prórrogas.

5. Aplicación de los principios de igualdad y no discriminación

El TRLCSP establece en su artículo 191.a) que los principios de **igualdad y no discriminación** serán aplicables “en todo caso”, y según el artículo 191.b) las instrucciones deben garantizar la efectividad de dichos principios.

Estos principios comportan las siguientes exigencias:

5.1 Descripción no discriminatoria del objeto del contrato.

La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención “o equivalente”.

5.2 Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros.

5.3 No discriminación informativa. No se podrá facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

La no regulación detallada de estos principios en las instrucciones y en especial el establecimiento de instrucciones contrarias a los criterios señalados, dará lugar a la inclusión de un párrafo en las conclusiones de legalidad por incumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación.

Ejemplo de buena práctica (SEPI):

c) Principios de igualdad y no discriminación

Estos principios comportan las siguientes exigencias:

1) La descripción no discriminatoria del objeto del contrato. La descripción no debe hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente".

2) La igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros de la Unión Europea. La sociedad contratante no deberá imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores, como por ejemplo, la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.

3) El reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas. Si se exige a los licitadores la presentación de certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa, los documentos procedentes de otros Estados miembros que ofrezcan garantías equivalentes deberán aceptarse.

4) La proscripción de facilitar de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores respecto del resto.

6. Aplicación del principio de transparencia

El TRLCSP establece en su artículo 191.a) que el principio de **transparencia** será aplicable "en todo caso", y según el artículo 191.b) las instrucciones deben garantizar la efectividad de dicho principio.

Este principio implica:

6.1 Que todos los participantes deban poder conocer previamente las **normas aplicables** al contrato que se pretende adjudicar, así como tener la certeza de que dichas normas se aplican siempre de igual.

Para conocer de forma previa todas las normas aplicables en la contratación, las instrucciones deberían hacer mención expresa a la normativa de aplicación a la entidad y ser coherentes con dichas normas. Esta circunstancia deberá considerarse en cada caso en función de la normativa específica de la entidad.

Ejemplo de buena práctica:

En lo que se refiere a contratación, el marco normativo estará constituido por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Ejemplo de buena práctica:

A.-OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES.

Las presentes instrucciones se dictan en cumplimiento de lo previsto en el artículo 191 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y tienen por objeto regular los procedimientos de adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada para asegurar que los mismos se ajustan a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que la adjudicación recaerá sobre la oferta económicamente más ventajosa.

La Entidad está sujeta a estas instrucciones y a las disposiciones del Libro I del TRLCSP.

Aunque podría considerarse un incumplimiento del principio de transparencia, al no estar claramente establecida la obligación, la omisión de una referencia a dicha normativa (en especial la que sea específica) en las instrucciones dará lugar a la inclusión de un párrafo en las recomendaciones con una redacción similar a la siguiente:

- a) Se recomienda que las “Instrucciones por las que se regulan los procedimientos de contratación del Ente Postal XYZ”, incluyan referencias sobre:
- 1ª Lo establecido en el artículo 20 de la Ley de creación del Ente Postal XYZ y en el artículo N de su Estatuto, en cuanto a que en la contratación de obras de construcción de infraestructuras debe aplicarse el TRLCSP en su integridad.
 - 2ª La Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que es de plena aplicación a la Entidad.
 - 3ª Otra normativa aplicable que sea relevante.

Si las instrucciones entran en contradicción con cualquier norma aplicable a la entidad, en lugar de una recomendación se deberá poner un párrafo en las conclusiones de legalidad por incumplimiento.

También podrá considerarse como un incumplimiento aquella omisión que, a juicio del auditor, se considere de especial relevancia.

6.2 Fijación de plazos adecuados

Los plazos⁴ concedidos para presentar ofertas deberán ser suficientes para permitir a las empresas realizar una evaluación adecuada y formular sus ofertas.

Establecer un plazo aplicable con carácter general no resulta razonable, ya que no es lo mismo solicitar ofertas para el suministro del mobiliario de un despacho, que solicitar ofertas para una obra compleja.

La valoración de los plazos establecidos en las instrucciones como suficientes o insuficientes requerirá la aplicación del **juicio profesional** del auditor en función de las circunstancias de la entidad (no podrá valorarse de la misma forma las instrucciones de una entidad que apenas adjudique contratos de obra y además éstos sean de poca cuantía y complejidad, que si se está revisando una entidad cuya actividad principal es la realización de grandes y complejos proyectos).

Ejemplo de buena práctica (CACSA):

Se publicará el anuncio de licitación en el Perfil del Contratante de C.A.C.,S.A, y, en su caso, medios alternativos, a los efectos que todo licitador interesado pueda presentarse a la licitación.

C.A.C.,S.A. respetará como mínimo los plazos legales establecidos en el TRLCSP, para que los licitadores presenten sus proposiciones desde la publicación del anuncio en el Perfil del Contratante o medios alternativos:

- 26 días en los contratos de obras.
- 15 días en los contratos de servicios y suministros.

No obstante, estos plazos se podrán ampliar en función de las características de la contratación, quedando establecido este plazo en el anuncio.

Ejemplo de buena práctica (FGV):

4. Plazos y Cómputo de plazos:

Los plazos mínimos para presentar proposiciones en contratos no menores serán los siguientes:

.....

- Salvo mención expresa, todos los plazos referidos en estas Instrucciones se entenderán como días naturales. Si el último día del plazo fuera sábado, domingo o festivo, quedará prorrogado al siguiente día laborable a efectos de FGV.
- Los plazos para subsanar defectos formales serán de un mínimo de 3 días hábiles desde la notificación.

⁴ En el cómputo de plazos se tendrá en consideración la Disposición adicional duodécima del TRLCSP:

“Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.”

Al revisar las instrucciones, si se considera que los plazos estipulados no son razonables se pondrá un párrafo en las conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) El plazo establecido en las instrucciones (siete días) para la presentación de ofertas en las licitaciones de contratos de obras se considera insuficiente e incompatible con una adecuada aplicación del principio de transparencia.

(En el interior del informe debe darse más detalle sobre dicho incumplimiento).

En determinados casos, puede que los plazos estipulados en las instrucciones no quepa considerarlos de forma tajante como no razonables e incompatibles con el principio de transparencia pero, por las circunstancias de la entidad, quizá sea conveniente realizar una recomendación para que se efectúen determinados reajustes en las instrucciones, como por ejemplo:

- a) Se recomienda que, para posibilitar de forma razonable la presentación de ofertas en determinadas licitaciones de contratos de obras, se amplíe el plazo previsto en las instrucciones de contratación.

6.3 Fijación precisa y previa de los **criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas**.

Debe indicarse que, según jurisprudencia del TJCE, **no** pueden tenerse en cuenta como criterios de adjudicación las características o experiencia de la empresa (que sólo podrán valorarse como elementos de solvencia) o el nivel y características de los medios que deban emplearse para la ejecución del contrato (que, en su caso, deberían exigirse a todos los licitadores por igual, articulando tal exigencia en el pliego como obligación de aportar medios determinados).

En rigor, esta exigencia es común a todos los contratos, estén o no sujetos a regulación armonizada, y deberá concretarse en los pliegos.

En las instrucciones no deberá haber nada contrario a dicho criterio.

6.4 **Determinación clara y previa** del órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación y **del órgano competente** para adjudicar el contrato en todo caso.

Ejemplo de buena práctica (ACCV):

a. Órgano de contratación:

Conforme a lo establecido en el artículo 5.2.C del DECRETO 149/2007, de 7 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunitat Valenciana, la Presidenta de la ACCV será el órgano de contratación. Esta competencia está delegada conforme al artículo 1 de la RESOLUCIÓN de 25 de abril de 2008, del Presidente del Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunitat Valenciana, por la que se delegan determinadas competencias en el gerente del Ente.

Ejemplo de buena práctica (Circuito del Motor y PDSA):

Regla 18ª.- Órgano de contratación

El órgano de contratación de CMPDSA es el Consejo de Administración.

El órgano de contratación podrá otorgar poderes de representación, generales o singulares, para la celebración de contratos, cumplidas las exigencias establecidas en los Estatutos y en la legislación vigente.

La tramitación del expediente de contratación corresponderá al Departamento Jurídico, bien de oficio o a petición de cualquiera de los responsables de los restantes departamentos.

La no observancia en las instrucciones de los criterios señalados dará lugar a la inclusión de un párrafo en conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) Las instrucciones de contratación no señalan quién es el órgano de contratación de la Entidad, lo que no es conforme con una adecuada aplicación del principio de transparencia.

7. Aplicación del principio de confidencialidad

El TRLCSP establece en su artículo 191 que el principio de confidencialidad será aplicable “en todo caso” y que las instrucciones deben garantizar la efectividad de dicho principio.

El principio de confidencialidad **ha de ser entendido de forma conjunta con los de publicidad y transparencia**, no convirtiéndose en una excusa que lleve a confundir la confidencialidad con el mero ocultamiento.

Ejemplo de buena práctica (Circuito del Motor y PDSA):

Regla 33ª.- Confidencialidad

1. El órgano de contratación de CMPDSA deberá respetar la confidencialidad de la información y documentación así calificada por los empresarios y, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.
2. La misma obligación corresponde al contratista respecto de la información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato y a la que se le hubiese dado tal carácter en los Pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los Pliegos o el contrato establezcan uno mayor.

El artículo 140 del TRLCSP regula este principio para las administraciones públicas y recoge unos mínimos que deben exigirse a los poderes adjudicadores que no son administraciones públicas para que dicho principio sea efectivo, tal como establece el artículo 191 del TRLCSP. Por tanto, en las instrucciones deberá hacerse una remisión expresa a dicho precepto o establecer una regulación que lo tome como referencia.

No incluir en las instrucciones esta mención dará lugar a la inclusión de un párrafo en conclusiones de legalidad por incumplimiento del principio de confidencialidad, con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) Las instrucciones de contratación no regulan con detalle el principio de confidencialidad que exige el artículo 191 del TRLCSP para garantizar su aplicación.

8. Necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se hayan establecido.

Es una obligación impuesta por los artículos 1 y 191 del TRLCSP.

La oferta económicamente más ventajosa no significa la más barata. Es la que el órgano de contratación decida elegir mediante la combinación de los variados criterios objetivos del artículo 150 del TRLCSP: calidad, precio, fórmula de revisión, plazo de ejecución, entrega de la prestación, coste de utilización, etc. Cuando no se utilice ninguno de estos criterios, sólo se aplicará el del precio.

A estos efectos, las instrucciones deben pronunciarse expresamente sobre la necesidad de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa y desarrollar las directrices o criterios para hacerlo efectivo. Hay que tener en cuenta que la exigencia de que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, para que sea efectiva, debe ir acompañada de la adopción de medidas que aseguren el correcto ejercicio de la discrecionalidad en aquellos casos en que se adopten criterios que dependan de la apreciación del órgano de contratación. Asimismo, siempre que sea posible debe darse preponderancia a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En todo caso, se deberá precisar la ponderación relativa que se atribuye a los distintos criterios.

Ejemplo de buena práctica (Circuito del Motor y PD SA):

El contrato debe ser adjudicado a quien presente la oferta más ventajosa atendiendo a criterios vinculados al objeto del contrato, que se detallarán en los Pliegos y que deberán garantizar el respeto a los principios de transparencia, no discriminación, igualdad de trato y evaluación en condiciones de competencia efectiva. Deberá darse prioridad a criterios que puedan cuantificarse por referencia a factores objetivos y ser expresados en cifras o porcentajes. Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación éste ha de ser, necesariamente, el económico.

La no mención en las instrucciones de los criterios señalados (tendientes a evitar que se abuse de la discrecionalidad), dará lugar a la inclusión de un párrafo en conclusiones de legalidad con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) Las instrucciones de contratación no establecen las directrices o criterios para la evaluación de ofertas, de manera que se haga efectivo y quede garantizado que los contratos sean adjudicados a las ofertas económicamente más ventajosas.

9. Justificar la necesidad e idoneidad del contrato, tal como establecen los artículos 1 y 22 del TRLCSP, de obligada aplicación a la contratación de todo el sector público.

A tal fin, las entidades del sector público, con carácter previo al inicio del procedimiento de adjudicación, deberán dejar constancia en la documentación preparatoria del expediente de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

Ejemplo de buena práctica (Circuito del Motor y PD SA):

2. Con carácter previo a la licitación que CMPDSA celebre en todo contrato que sea objeto de las presentes Instrucciones, se formará la siguiente documentación preparatoria en la que se incluirá:
 - a) Una memoria en la que se justifique con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse con el contrato, la idoneidad de éste para satisfacerlas, la correcta estimación y adecuación del precio para la ejecución de la prestación, y el procedimiento elegido para la adjudicación del contrato. Dicha memoria deberá ser elaborada por el Departamento jurídico de CMPDSA.

Sin perjuicio de su inclusión obligatoria en los expedientes de contratación y de su revisión en la fiscalización de los contratos, por ser una exigencia de los artículos 1 y 22 del TRLCSP y, por tanto parte del procedimiento de contratación, en las instrucciones debería constar expresamente esa fase del procedimiento y en su ausencia se pondrá un párrafo en las recomendaciones con una redacción similar al siguiente ejemplo:

- a) En las instrucciones de contratación debe constar expresamente la obligación de justificar las necesidades previas a satisfacer con el contrato y el procedimiento para hacerlo.

Si al fiscalizar los expedientes de contratación se comprueba que no se observa esta exigencia legal se deberá señalar el incumplimiento en el informe.

II Contenido de las instrucciones de contratación de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores y principales incumplimientos que pueden presentarse

Los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores deberán ajustarse al régimen previsto en el artículo 192 TRLCSP, en el bien entendido que para este tipo de entidades **no procede la distinción** entre contratos SARA y NO SARA.

Esto supone, en términos generales, que a la contratación de estas entidades le resulta aplicable el régimen previsto en el apartado I de esta Guía.

No obstante, habrá que aplicar el régimen previsto en el artículo 193 TRLCSP cuando celebren **contratos subvencionados**, tal como éstos se definen en el artículo 17 TRLCSP. Asimismo, les vincularán aquellas normas específicas que en su caso les sean de aplicación.

Para considerar si una entidad es poder adjudicador o no, debe atenderse a los criterios analizados en la sección 4801 del manual de fiscalización. En la práctica, **solo en casos muy excepcionales nos encontraremos con una entidad que no sea poder adjudicador**.

En este sentido, la Instrucción nº 1 de 2008 de la Abogacía General del Estado señala que **las fundaciones del sector público** al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales, **ostentan siempre la condición de poderes adjudicadores**.

Por otra parte, de acuerdo con la Disposición transitoria quinta del TRLCSP, en tanto no se aprueben las instrucciones internas a que se refiere el artículo 192.3, las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores se regirán por las normas establecidas en el artículo 190 TRLCSP.

ANEXO Cuestionario para la revisión de las instrucciones de contratación

Entidad: _____	Referencia al MFSC-4803	Notas y observaciones (1)	Consecuencia en el informe (2)
Aspectos generales			
Existencia de instrucciones de contratación	2		
Consta la fecha y el órgano que las aprueba	2		
Firma hológrafa o electrónica de quien las aprueba	2		
Publicación en el perfil de contratante	3		
Regulación para hacer efectiva la necesaria adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa de acuerdo con los criterios objetivos de valoración de ofertas que en cada caso se establezcan	8		
Justificar la necesidad del contrato	9		
Principios de publicidad y concurrencia			
Regulación de la publicidad de las licitaciones	4.1, 4.2 y 4.3		
Regulación de la publicidad de las adjudicaciones y formalizaciones	4.4		
Regulación excepciones por razón de la cuantía	4.5		
Regulación excepciones: por razones de urgencia y otros	4.6		
Regulación excepciones: limitación del número de candidatos invitados a presentar oferta	4.7		
Regulación excepciones: los contratos menores	4.8		
Regulación de modificados y prórrogas	4.9		
Principios de igualdad y no discriminación			
Descripción no discriminatoria del objeto del contrato	5.1		
Garantías de igualdad de acceso	5.2		
Prohibición de facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda proporcionar ventajas a determinados licitadores	5.3		
Principio de transparencia			
Mención expresa a la normativa específica de aplicación y principios básicos	6.1		
Fijación de plazos adecuados	6.2		
Fijación precisa y previa de los criterios objetivos aplicables para la valoración de ofertas	6.3		
Determinación clara y previa del órgano al que, en su caso, le corresponde efectuar la propuesta de adjudicación	6.4		
Determinación clara y previa, en todo caso, del órgano competente para adjudicar el contrato	6.4		
Principio de confidencialidad			
Referencia detallada al principio	7		

(1) Cuando se considere que las instrucciones no son conformes, se pondrá una breve descripción de las razones para llegar a esa conclusión. (Escribiendo en word dentro de los cuadros aumentan de tamaño todo lo que se requiera).

(2) Cuando se detecte una incidencia se deberá señalar en esta columna si supone una SALVEDAD, una RECOMENDACIÓN o es NO SIGNIFICATIVA.