

# NORMES DE CONTRACTACIÓ

## I. SUBJECCIÓ DE LA ACTIVITAT DE CONTRACTACIÓ AMB TERCERS DE LA FUNDACIÓ, A LA LLEI 9/2017, DE 8 DE NOVEMBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

D'acord amb allò que s'ha assenyalat en la lletra e), de l'apartat 1, de l'article 3 de la Llei la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, que fita l'àmbit subjectiu d'aplicació de la normativa, es considera que formen part del sector públic:

*“e) Les fundacions públiques. A l'efecte d'esta Llei, s'entendrà per fundacions públiques aquelles que reunisquen algun dels requisits següents:*

*1. Que es constituïsquen de forma inicial, amb una aportació majoritària, directa o indirecta, d'una o diverses entitats integrades en el sector públic, o bé reben la dita aportació després de la seua constitució.*

*2. Que el patrimoni de la fundació estiga integrat en més d'un 50 per cent per béns o drets aportats o cedits per subjectes integrants del sector públic amb caràcter permanent.*

*3.º Que la majoria de drets de vot en el seu patronat corresponga a representants del sector públic”.*

La Fundació del Patrimoni Industrial de Sagunt, reuneix el requisit 3r assenyalat en la norma reproduïda, en conseqüència, la seua activitat de contractació, se subjectarà al que disposa la mencionada Llei. No obstant això, el seu règim difereix del propi de les Administracions Públiques. Així, dins del sector públic la norma, distingeix entre el règim propi de les Administracions Públiques, i el dels cridats poders adjudicadors. En la lletra b) de l'apartat 3 del mateix article 3 anteriorment referenciat, es disposa que:

*“Es consideraran poders adjudicadors, a efectes d'esta Llei, les següents entitats:*

*a) (...).*

***b) Les fundacions públiques***

*c) (...).”*

La mateixa Llei, en la lletra c) del seu article 26.1, apunta que, tindran la consideració de Contractes Privats (enfrent de Contractes Administratius) , els celebrats “per entitats del sector públic que sent poder adjudicador no reunisquen la condició d'Administracions Públiques”. Per la seua banda, l'apartat 3 del mateix article, disposa que:

*“Els contractes privats que celebren els poders adjudicadors que no pertanguen a la categoria d'Administracions Públiques mencionats en la lletra b) de l'apartat primer del present article, l'objecte de la qual estiga comprés en l'àmbit de la present Llei, es regiran pel que disposa el Títol I del Llibre Tercer de la mateixa, quant a la seua preparació i adjudicació.*

*Quant als seus efectes i extinció els seran aplicables les normes de dret privat, i aquelles normes a què es referix el paràgraf primer de l'article 319 en matèria mediambiental, social o laboral, de condicions especials d'execució, de modificació del contracte, de cessió i subcontractació, de racionalització tècnica de la contractació; i la causa de resolució del contracte referida a la impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats, quan no siga possible modificar el contracte d'acord amb els articles 204 i 205”.*

Per consegüent, la Fundació, és, a l'efecte de l'aplicació de la normativa sobre Contractes Públics, un **Poder Adjudicador No Administració Pública (PANAP)**, els contractes del qual, hauran de subjectar-se al següent règim especial:

- a) Disposicions generals, i elements estructurals del contracte: Llei 9/2017 (articles 1 a 114)
- b) Quant a la preparació i adjudicació: Llei 9/2017 (articles 316 a 320)
- c) En matèria d'efectes i extinció: dret privat
- d) Respecte a la seua modificació: Llei 9/2017 (articles 203 a 207)
- e) Subcontractació i cessió: Llei 9/2017 (articles 214 a 217)
- f) Racionalització: Llei 9/2017 (articles 218 a 230)

## II. ÓRGAN DE CONTRATACIÓ

D'acord amb el règim especial de les PANAP, no els resulten d'aplicació les disposicions relatives a Mesa de contractació i resta de condicionants propis de les Administracions Públiques. En conseqüència, exercirà d'òrgan de contractació, l'òrgan que, de conformitat amb les normes i estatuts de cada PANAP, tinga atribuïdes aquestes funcions. De conformitat amb els articles 17 i 18 de la Fundació, així com amb el poder de factor mercantil atorgat a la Gerència des del Patronat, es pot considerar que, serà la **Gerència**, la que exercisca les funcions pròpies de l'òrgan de contractació. No obstant això, encara que això es considera adequat a la legalitat i l'estructura funcional de la Fundació, també es considera que això resultarà viable sempre que, l'objecte de contractació, figure en el Pressupost de la Fundació aprovat pel Patronat. D'acord amb això, la configuració de l'òrgan de contractació en la Fundació, seria la següent:

- Partides contingudes en el Pressupost Anual aprovat pel Patronat (partides pressupostàries): **Gerència**
- Partides NO contingudes en el Pressupost Anual aprovat pel Patronat (partides extrapressupostàries): **Patronat**. En aquest cas, per tant, les tasques pròpies de la Mesa de contractació de l'article 326 de la Llei 9/2017 en matèria d'obertura de sobres de documentació administrativa i gestions habilitants de la presa de decisió, podrien ser executades per la Gerència, reservant la decisió a l'òrgan de contractació.

## III. CONTRACTES AMB LICITACIÓ

D'acord amb el règim especial de contractació pública de les PANAP, i més específicament, conforme al que prescriuen els articles 317 i 318, en aquestes entitats, han de ser objecte de licitació, tots aquells contractes les quanties dels quals, superen els següents llindars:

- a) Contractes d'Obres: igual o superior a 40.000 euros
- b) Contractes de Subministraments i Serveis: igual o superior a 15.000 euros

Superades aquestes quantitats, el contracte haurà de sotmetre's a les regles i procediments de licitació recollits en la Llei. Existeix, no obstant això, dins del col·lectiu de contractes que superen aquests llindars, i que, per tant, han de ser objecte de licitació, una segona distinció, entre:

1. **Contractes Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes SARA)**
2. **Contractes NO Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes NO SARA)**

La distinció, torna a pivotar sobre els llindars del seu valor estimat, així:

1. **Els Contractes Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes SARA)**, per a la Fundació, seran els contractes el valor estimat dels quals, calculat conforme a les regles de la pròpia Llei 9/2017, siga igual o superior a les quanties següents:
  - a.i. Contractes d'Obres: igual o superior a 5.548.000 euros
  - a.ii. Contractes de Subministraments i Serveis: igual o superior a 221.000 euros

En aquest tipus de contractes, la nota dels quals veritablement distintiva, és el seu valor, la clau és la publicació de la licitació corresponent, ja que ha de realitzar-se en el DOUE, per a garantir així, una lliure concurrència d'operadors econòmics en l'àmbit de la Unió Europea.

La preparació i adjudicació d'aquests contractes SARA que concerta la Fundació, i per expressa disposició de l'article 317, haurà de regir-se per les normes establides en les Seccions 1a i 2a del Capítol I del Títol I del Llibre II de la Llei. Això significa, que, en la seua tramitació, resultaran d'aplicació normes que, només s'aplicaran als SARA i no a la resta de contractes. Eixes normes, són les contingudes en la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei, i impliquen la necessitat d'articular un expedient previ de contractació (amb els seus corresponents informes justificatius, aprovació de la despesa, etc.), així com la possibilitat de realitzar tramitacions d'urgència o d'emergència.

Cal entendre que, per les quanties assenyalades, i en atenció al pressupost de la Fundació, i les partides que es contenen en relació amb els contractes amb tercers, els Contractes SARA no seran utilitzats per la Fundació, excepte en supòsits excepcionals en el qual es compte amb un finançament extraordinari per a un projecte molt específic.

2. Per part seua, els **Contractes NO Subjectes a Regulació Harmonitzada (Contractes NO SARA)**, seran tots aquells contractes d'obres, subministraments o serveis, que subscriba la Fundació, amb valors estimats inferiors als llindars anteriorment assenyalats per als SARA.

De conformitat amb el que es disposa en la lletra b) de l'article 318 de la Llei 9/2017, aquest tipus de contractes amb llindars superiors als 40.000€ (Obres) o 15.000€ (Serveis i Subministraments), però inferiors a 5.548.000€ (Obres) o 221.000€ (Serveis i Subministraments), es podran adjudicar per qualsevol dels procediments previstos en la Secció 2a del Capítol I del Títol I del Llibre Segon de la Llei, amb excepció del procediment negociat sense publicitat, que únicament es podrà utilitzar en els casos previstos en l'article 168.

Per tant, per a aquesta tipologia de contractes NO SARA, no serà exigible l'expedient previ de contractació com succeeix amb els SARA (la Secció 1a), resultant només d'aplicació, la Secció 2a del Capítol I del Llibre II de la Llei, això és, les normes relatives als procediments de licitació.

Això es tradueix que, les licitacions de la Fundació, podran portar-se a terme, per qualsevol dels següents procediments:

- a.i. Procediment Obert Ordinari (article 156), distingint al seu torn, dins d'aquest tipus de procediment, entre:
  - a) Procediment Obert Simplificat (article 159)
  - b) Procediment Obert Simplificat de tramitació reduïda, o també denominat procediment sumari (article 159.6)
- a.ii. Procediment restringit (article 160)
- a.iii. Procediments amb Negociació, distingint dins d'ell, entre:
  - a.iii.a) Procediments Negociats amb publicitat (article 167)
  - a.iii.b) Procediments Negociats sense publicitat (article 168)
- a.iv. Diàleg Competitiu (article 172)
- a.v. Procediment d'associació per a la innovació (article 177)
- a.vi. Concurs de Projectes (article 183)

Note's, que el redactat exacte de l'article 318, assenjala que es podran adjudicar "*per qualsevol dels procediments*", per tant, no sembla que la Llei estiga sotmetent als PANAP a les mateixes exigències que a les Administracions Públiques, en el sentit d'oferir la possibilitat d'optar per l'un o l'altre procediment a les primeres, sense els condicionants als quals estan sotmeses les segones. Això explicaria que, referent al Procediment Negociat sense publicitat, la Llei sí que especifique que quedarà subjecte a les limitacions que, en l'article 168, s'assenyalen. En conseqüència, la Fundació, podria utilitzar per a aquest tipus de Contractes NO SARA, indistintament, qualsevol procediment de la Llei, a excepció del Negociat sense publicitat, que, per a poder utilitzar-ho, haurà de sotmetre's a les mateixes regles que les Administracions Públiques, i usar-ho únicament en els mateixos casos que poden fer-los aquelles.

#### **IV. ESMENT ESPECIAL ALS CONTRACTES D'ADJUDICACIÓ DIRECTA (CAD)**

Com s'ha assenyalat línies més amunt, l'article 318 disposa que els Contractes NO SARA amb llindars superiors als 40.000€ (Obres) o 15.000€ (Serveis i Subministraments), però inferiors a 5.548.000€ (Obres) o 221.000€ (Serveis i Subministraments), han de ser licitats. No obstant això, per als llindars inferiors a l'import mínim de licitació, disposa la lletra a) del referit article, que:

- a) "*Els contractes de valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracte de contractes d'obres, de concessions d'obres i concessions de serveis, o a 15.000 euros, quan es tracte de contractes de serveis i subministraments, podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació objecte del contracte*".

Sobre l'aplicació del que es disposa en aquesta lletra, la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat, en la seua Recomanació n<sup>a</sup>.32 de data 28 de febrer de 2018, es va apressar a pautar que, en realitat, a aquest tipus de contractes, li resulta d'aplicació els disposat en l'article 118 de la Llei, per als anomenats "*contractes menors*" de l'Administració Pública. Convé subratllar que, l'article 118, es troba en la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei. Això significa que, en la pràctica, aquest tipus de contractes haurien de comptar amb un expedient previ en els mateixos termes i amb les mateixes exigències que els establits per a les Administracions Públiques quan contracten per davall d'aqueixos mateixos imports màxims.

No sembla, no obstant això, que aqueixa posició siga sostenible. Així, l'únic argument que usa la JCCE, es basa en que les quantitats dels "*contractes menors*" (CM) de les Administracions Públiques, i les quantitats dels contractes d'adjudicació directa (CAD) de les PANAP, són les mateixes. Amb aqueixa posició, la JJCE crea una contradicció difícilment defensable, i és el fet que, per als CAD s'exigisca un expedient previ, i per als NO SARA de major import, no. Crea, igualment, incoherències, com el fet que amb aqueixa posició s'exigisca un expedient, però no un informe d'insuficiència de mitjans per a contractes de serveis (que es troba en el 116 i no en el 118). I és que, la lletra a) de l'article 318, diu el que diu, i si la Llei haguera volgut assimilar els CAD als CM, com a pauta la JCCE, haguera remés específicament a l'article 118, o més genèricament, a la Secció 1a del Capítol I del Llibre II de la Llei, que regula la preparació de contractes, igual que ho fa en la lletra b) per al de major import, o en el 317 per als SARA. Però la Llei no ho fa, no remitent ni assimila els \*CAD als CM en la seua preparació, exigències i limitacions, és més, assenyala, literalment, que "*podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació objecte del contracte*", reservant l'aplicació de la Secció 1a, on es troba l'article 118, únicament, a la preparació dels SARA.

No obstant això les precisions realitzades en el paràgraf anterior, la Fundació seguirà en part la Recomanació núm.32 assenyalada, en el que concerneix a la superació dels límits per un mateix proveïdor l'any pressupostari en curs (article 118.3), per entendre que un sistema de control de desviació de la contractació directa, que és positiu per a la gestió de la Fundació, no perquè aqueix està d'acord amb el contingut la citada Recomanació, que, cal recordar, és d'aplicació voluntària a diferència dels Informes Vinculants de la mateixa JCCE.

És per això, que, en ocasió de cada contractació directa, s'emetrà un breu informe que justifique la seua necessitat, i que comprove que, amb aquesta contractació, ni s'està alterant l'objecte del contracte per a evitar la licitació, ni el mateix proveïdor ha subscrit, constant l'exercici pressupostari, més contractes que, conjuntament, superen la xifra que permet l'adjudicació directa. En aquest sentit, **es desenvolupen dos tipus d'informes justificatius: un de major extensió, per a contractacions superiors a 1.000,00 euros, i un altre, més reduït i operatiu, per a xicotetes adquisicions de subministraments i/o serveis, per imports inferiors a l'assenyalada quantitat.**