

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



Àmbit d'aplicació de la Instrucció 1/2019, de 28 de febrer, sobre contractes menors, regulats a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, aprovada per l'Oficina Independent de Supervisió i Regulació de la Contractació

15-03-2019

L'Oficina Independent de Supervisió i Regulació de la Contractació (OIRESCON) s'ha estrenat amb la [Instrucció 1/2019](#), que ha provocat un gran enrenou, sobretot en els àmbits autonòmic i local, no tant pel contingut, que ha quedat en segon pla, sinó per quin serà l'àmbit d'aplicació i l'obligatorietat.

En primer lloc, cal assenyalar que la primera versió de la Instrucció que va mostrar l'OIRESCON indicava que era obligatòria per a tots els òrgans de contractació del sector públic estatal, i uns dies després va ser modificada i ara estableix que és obligatòria per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat. Aquest és el concepte que apareix en l'article 332.7.d de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), que concretament diu que “[...] les instruccions de l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació són obligatòries per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat”.

**S'ha de considerar que amb aquest canvi s'entén necessàriament que les instruccions que dicti l'OIRESCON obliguen a tot el sector públic al qual es refereix l'article 3.1 de la LCSP?**

Sembla que així ho defensa una part de la doctrina, com Jose Maria Gimeno Feliu i Antonio Moreno Molina en l'[article escrit en l'Observatorio Contratación pública](#), que consideren que les instruccions de l'OIRESCON tenen caràcter vinculant i abasten a tots els poders adjudicadors del sector públic estatal, autonòmic i local, i han de ser aplicades pels diferents operadors jurídics atesa la funció reguladora que té l'OIRESCON. També, en el mateix sentit, Javier Vázquez Matilla considera que l'abast de la instrucció hauria de ser global per a tot el sector públic (vegeu [l'article en el seu blog](#)).

Una altra opinió en té Rafael Jiménez Asensio, que considera que tals instruccions, sens perjudici que puguin ser preteses manifestacions d'una funció reguladora, no s'han d'aplicar obligatòriament a les comunitats autònomes ni a les entitats locals, com ha manifestat en [l'article publicat en el blog Hay Derecho, del diari Expansión](#).

Per determinar quina és la posició d'aquest òrgan en l'organització administrativa de la contractació pública i, consegüentment, quina serà la força vinculant de les instruccions que dicti, s'hauria d'analitzar quines són les característiques i la naturalesa de l'OIRESCON.

La voluntat del legislador en crear aquesta Oficina va ser garantir l'eficàcia i el compliment de la legislació contractual i coordinar la supervisió en matèria de contractació pública dels poders adjudicadors del conjunt del sector públic. Es crea com a òrgan col·legiat i, conformement als punts 2 i 3 de l'article 332 de la LCSP, s'adscriu al Ministeri d'Hisenda. Els titulars de la presidència i de les vocalies han de ser funcionaris de carrera que pertanyin al subgrup A1, com a mínim amb 10 anys d'experiència professional en matèries relacionades amb la contractació pública, els quals han de ser designats pel Consell de Ministres, a proposta del ministre o la ministra d'Hisenda.

Aquestes característiques, a parer de Rafael Jiménez Asensio, comporten que aquest òrgan no pugui tenir el caràcter d'autoritat independent que li seria requerida per poder dotar les seves instruccions d'una obligatorietat general, i que la naturalesa d'aquesta Oficina no pot anar més enllà, per molt que s'empenyi el legislador, de ser un òrgan col·legiat adscrit a l'Administració general de l'Estat dotat d'una independència funcional "atípica", que queda difuminada pel sistema d'elecció dels seus membres de manera discrecional. A més, les seves funcions no es poden projectar amb caràcter preceptiu sobre altres nivells de govern que tenen reconegudes constitucionalment competències de desenvolupament legislatiu i execució, ja que això violentaria el principi d'autonomia en una dimensió pròpia com és la de l'organització institucional.

**Seria excessiu que un òrgan d'aquestes característiques imposés instruccions a les administracions públiques que no tenen cap dependència jeràrquica de l'Administració de l'Estat? Vulneraria el principi d'autonomia en la dimensió competencial i d'organització?**

**Si aquesta Oficina està adscrita a l'Administració general de l'Estat i els seus membres són nomenats pel Govern de l'Estat i se sotmeten a la normativa de l'Estat en l'exercici del seu càrrec, s'ha de considerar que l'OIRESCON és un òrgan de l'Estat? Podria un òrgan de l'Estat dictar instruccions vinculants a totes les administracions i al sector públic?**

La doctora en dret administratiu Silvia Díez Sastre en l'article escrit per a l' [Institut de Dret Local de la UAM](#), considera que, sense cap dubte, es pot afirmar que l'OIRESCON és un òrgan de l'Estat i com a tal només pot dictar instruccions obligatòries per al sector públic estatal en la mesura que es tracta del mateix nivell territorial.

També cal analitzar que el fet que la LCSP admeti la possibilitat que les comunitats autònomes creïn les seves pròpies oficines de supervisió podria ser una raó més per interpretar que aquestes instruccions de l'OIRESCON només vinculen el sector públic estatal. Així opina Silvia Díez Sastre, que manifesta que si les comunitats autònomes poden crear els seus òrgans de supervisió no és possible que les instruccions de l'OIRESCON siguin vinculants per a tots els òrgans de contractació del sector públic de tot l'Estat. Contràriament, Gimeno Feliu opina que encara que la LCSP estableix que les comunitats autònomes puguin crear en el seu àmbit les seves oficines de

supervisió, la seva capacitat d'actuació es limita a la funció estricta de governança per coadjuvar en el disseny de l'Estratègia nacional de contractació pública, però sense competències reguladores, ja que el seu monopoli descansa en l'OIRESCON.

**S'ha d'entendre, doncs, que entre les diferents oficines de supervisió autonòmiques i la de l'Estat hi ha una relació de jerarquia?**

L'Estat té competència per dictar la legislació bàsica en matèria de contractes del sector públic conformement a l'article 149.1.18 de la CE, i en exercici de les seves competències aprova la LCSP, que inclou preceptes bàsics vinculants per a tot l'Estat i d'altres que només vinculen el sector públic estatal. Per això s'hi troben supòsits que permeten a les comunitats autònomes en reconeixement de les seves competències crear òrgans de supervisió, crear les seves eines electròniques, tenir juntes consultives pròpies o crear els seus tribunals especials en matèria de contractació, ja que en cas contrari l'Estat s'estaria excedint en la seva competència bàsica.

Segons l'article de Silvia Díez Sastre, el Tribunal Constitucional s'ha pronunciat moltes vegades en relació amb els límits competencials de l'Estat. En el supòsit de l'OIRESCON, l'Estat crea un òrgan íntegrament estatal basant-se en la seva competència per dictar legislació bàsica i li atribueix competències per dictar instruccions obligatòries per a la resta d'administracions. En el cas d'atribució de competències consultives o de cooperació, no hi ha cap retret constitucional. Ara bé, hi ha un límit infranquejable quan es tracta d'un òrgan íntegrament estatal que dicta instruccions obligatòries dirigint l'actuació de la resta d'administracions públiques.

Concretament, en aquest sentit cita la Sentència del Tribunal Constitucional 55/2018, que assenyalava que **una llei bàsica no pot eliminar l'espai propi de les comunitats autònomes i dels ens locals**. L'autora considera que això és el que passaria si un òrgan de l'Estat dictés instruccions obligatòries.

La mateixa LCSP, en la disposició final primera, apartat 4, estableix que les determinacions de la llei són aplicables a les comunitats autònomes d'acord amb el que estableixen els apartats 1, 2 i 3 de la disposició, sens perjudici de les posicions singulars que en matèria de sistema institucional, i pel que fa a les competències exclusives i compartides, en matèria de funció pública i d'autoorganització, en cada cas resultin aplicables en virtut del que disposa la Constitució espanyola i els estatuts d'autonomia.

La finalitat d'aquestes instruccions, com estableix el punt 7 de l'article 332 de la LCSP, és fixar pautes d'interpretació i d'aplicació de la legislació contractual, així com elaborar recomanacions generals o particulars per als òrgans de contractació. Si de la supervisió es dedueix la conveniència de solucionar algun problema, obstacle o circumstància rellevant, d'aquesta redacció no es pot deduir que puguin servir per modificar la LCSP. Si s'analitza el contingut de la Instrucció 1/2019, sembla ser que el que fa és anar més enllà de la Llei de contractes i considero que hagués estat més encertat que **si el que es vol és reformar la contractació menor es faci per via legislativa i no utilitzant l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació**.

La disposició final 34 del Projecte de llei de pressupostos generals de l'Estat per al 2019 ja establia una modificació de l'article 118 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per tant, **podria ser que la reforma frustrada de la contractació menor amb**

**l'aprovació fallida de la LGP 2019 hagi tingut alguna cosa a veure amb l'aprovació de la Instrucció 1/2019?**

Un altre punt que podria generar debat seria que l'OIRESCON estableix a la instrucció que “com a òrgan regulador del mercat de la contractació, pot aprovar instruccions, i fixar les pautes d'interpretació i d'aplicació de la contractació pública que seran obligatòries per a tots els òrgans de contractació del sector públic de l'Estat”. Aquesta autodenominació d'òrgan regulador del mercat sorprèn, atès que els òrgans de regulació dels mercats fins ara eren la Comissió Nacional del Mercat de Valors i, a Catalunya, l'Autoritat Catalana de la Competència.

En conclusió, deixarem pendent l'anàlisi del contingut de la Instrucció 1/2019 fins que se n'aclareixi l'obligatorietat, mentre esperem si alguna administració pública la recorre -per tot el que he exposat, motius no en faltarien.



**Èlia Vilaseca Arqués**

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública