SUPUESTO PRÁCTICO VIII

ENUNCIADO II. TURNO LIBRE 2014

CUERPO DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CIVIL DEL ESTADO

El Organismo Autónomo estatal Instituto de Técnicas Especiales necesita adquirir tóner para impresoras, habida cuenta del consumo ordinario del mismo. En el informe de necesidad del expediente contractual se establece que, al no existir crédito adecuado y haberse decidido no realizar una obra inicialmente prevista, el importe a contratar será el que figura en la correspondiente aplicación presupuestaria para la citada obra. La Mesa de contratación acuerda que el expediente sea objeto de tramitación urgente.

La adjudicación del contrato de suministro se realizará utilizando el procedimiento restringido. Se establece como criterio de solvencia para seleccionar a los interesados que podrán presentar ofertas el de "suministros de tóner realizados en los últimos 10 años", y se acuerda que sean seleccionados los 3 interesados que hayan realizado un mayor volumen de suministros en ese periodo.

Como criterio de adjudicación se establecen el precio, con una puntuación de 40 puntos, y el de calidad estética del material, con una ponderación de 60 puntos. Los criterios serán valorados, por ese orden, por la Mesa de contratación.

Con carácter posterior a la convocatoria del contrato, pero antes de su adjudicación, se realiza la oportuna transferencia de crédito desde la aplicación presupuestaria prevista para el contrato de obras al capítulo 2 del presupuesto del Organismo.

Por otra parte, el Instituto de Técnicas Especiales celebra un convenio de colaboración con la empresa privada Investigaciones de Carburantes S.A: al efecto de que dicha sociedad realice un estudio para determinar un nuevo sistema que permita extraer petróleo sintético del carbón. Según el Convenio, el Organismo Autónomo financiará el estudio en su totalidad y la sociedad lo realizará exclusivamente con sus propios medios.

Para financiar las obligaciones derivadas del convenio del Organismo realiza una transferencia presupuestaria del capítulo 4 al capítulo 7 de su presupuesto, estableciendo una subvención nominativa a favor de Investigaciones de Carburantes.

Concluida la investigación, la sociedad Investigaciones de Carburantes remite al Organismo Autónomo un ejemplar del estudio como justificación de la actividad

subvencionada. En dicho Ejemplar conta que parte del trabajo fue realizado por otra empresa por encargo de Investigaciones de Carburantes.

D. José García es un funcionario del Organismo que se encuentra en la situación administrativa de servicios especiales desde que fue elegido diputado autonómico. El 1 de enero de 2015 la Presidenta de la Comunidad Autónoma disuelve la Asamblea Legislativa. El día 5 de febrero D. José García recibe la notificación de la resolución del Director del Organismo Autónomo, de fecha 4 de febrero, en la que se le declara en la situación de servicio en Comunidades Autónomas.

El día 10 de febrero de 2015 D. José García presenta recurso de reposición contra la resolución de 4 de febrero, solicitando que se deje la misma sin efecto. El día 15 de marzo el Sr. García, no habiendo recibido contestación a su recurso, solicita su reingreso al servicio activo, habida cuenta de que ha dejado de percibir las retribuciones periódicas que le abonaba la Asamblea Legislativa.

Se solicita responder a las siguientes cuestiones:

1. Analice la justificación de la necesidad de la celebración del contrato de servicios y la forma de determinar el importe del contrato, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Valore la utilización de la tramitación de urgencia.
2. En cuanto a los requisitos para seleccionar a los licitadores en el procedimiento restringido determine su corrección, según lo dispuesto en La Ley de Contratos del Sector Público. Pronúnciese sobre el procedimiento de valoración de dichos criterios de adjudicación.
3. En cuanto a la tramitación presupuestaria del expediente de contratación debe pronunciarse sobre la corrección temporal y sobre la adecuación de la modificación presupuestaria realizada.
4. A la vista del convenio firmado por el Organismo con Investigaciones de Carburantes, indique, de manera razonada, si estamos ante una subvención. Analice la adecuación a la normativa vigente de la operación presupuestaria realizada para financiar la ejecución del convenio.
5. Respecto a D. José García, ¿es correcta la situación administrativa en la que encontraba con anterioridad al 1 de enero de 2015? ¿Es correcta la situación administrativa en que se le declara el 4 de febrero de 2015? Justifique sus respuestas.
6. Ante la falta de resolución expresa del recurso de reposición, D. José ¿puede entender estimado el recurso? ¿Qué vía de actuación debe seguir?

RESOLUCIÓN

1) Analice la justificación de la necesidad de la celebración del contrato de servicios y la forma de determinar el importe del contrato, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Valore la utilización de la tramitación de urgencia.

En primer lugar, hay que señalar, que el objeto del contrato es la adquisición de tóneres, y de conformidad con el artículo 17 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministros, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

Por otra parte, el artículo 16 de la misma norma establece que se consideran contratos de suministros los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Es por ello por lo que se debe considerar que el contrato, en contra de lo que se dice en el supuesto, no se trata de un contrato de servicios, más bien, tiene que considerarse un contrato de suministros.

Por lo que se refiere a la justificación de la necesidad de la celebración del contrato, hay que indicar que se celebrarán los contratos necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de la entidad que los celebra. En la documentación preparatoria del contrato, antes de iniciar el procedimiento de contratación, deberá acreditarse con precisión, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrir, así como la idoneidad de su objeto y contenido. Así, el artículo 116 de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que la celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, en los términos previstos en el artículo 28 de la misma ley y que deberá ser publicado en el perfil del contratante.

En cuanto a la forma y determinación del importe, en el supuesto se indica que el establecimiento del precio se hace coincidir con el de una obra, que no se ha realizado, si bien, la ley determina que el presupuesto base de licitación, se determinará en función del valor de mercado. Así el artículo 100.2 se establece que, en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que

el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado; a tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste salarial forme parte del contrato el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

Por lo tanto, en este caso, no consta que se hayan tenido en cuenta todos estos criterios, ni siquiera que se hubiera fijado teniendo en cuenta el precio de mercado, por lo que hay que decir que es errónea la forma de determinación del precio.

Por último, y por lo que se refiere a la valoración de la tramitación de urgencia, hay que indicar que la tramitación de los contratos puede ser por la tramitación ordinaria, por urgencia o por emergencia.

El artículo regula la tramitación de urgencia para aquellos supuestos en los que la celebración corresponda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. Para que sea posible esta tramitación es necesario que el órgano de contratación declare la urgencia en su tramitación, e implicará la preferencia en sus trámites, la reducción de plazos a la mitad, salvo que los que se indican en el propio artículo 119, y por último el inicio de la ejecución en el plazo máximo de un mes desde la formalización del contrato.

La tramitación de emergencia se regula en el artículo 120 de la Ley de Contratos del Sector Público, y se empleará en supuestos de acontecimientos catastróficos, grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. Permite la adjudicación directa, hay que dar conocimiento al Consejo de Ministros en el plazo de treinta días, y el plazo máximo de inicio de la ejecución será de un mes desde la declaración de emergencia.

Del análisis anterior, y especialmente de lo indicado en el artículo 119, se desprende que la declaración de urgencia corresponde al órgano de contratación y no a la mesa.

Por otra parte, no podría considerarse urgente, desde el momento que esta situación se podía haber previsto por parte de la administración, y es esencial para la tramitación de urgencia, que no mediara negligencia o descuido por parte de la administración contratante.

2) En cuanto a los requisitos para seleccionar a los licitadores en el procedimiento restringido determine su corrección, según lo dispuesto en

el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Pronúnciese sobre el procedimiento de valoración de dichos criterios de adjudicación.

A este respecto, el supuesto dice que se fija como criterio de solvencia para seleccionar a los interesados el haber realizado suministros similares en los últimos diez años, seleccionando a los 3 que hubieran realizado mayor volumen de suministros.

Por otra parte, se fija como criterios de adjudicación, el precio, con una puntuación de 40 puntos y la calidad estética con una puntuación de 60 puntos.

En primer lugar, hay que decir que, aun siendo posible, no parece razonable la utilización del procedimiento restringido, ya que la ley señala que con carácter principal se empleará cuando hubiera un elemento intelectual, tal como proyectos de arquitectura.

Por otra parte, el artículo 89 de la Ley de Contratos del Sector Público determina que, en los contratos de suministros, la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los medios que enumera, uno de los cuales es una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, en el curso máximo de los tres últimos años. De esta forma, hay que ver como irregular el haber pedido la acreditación y valoración de los suministros de los últimos 10 años.

En este sentido, también parecería irregular, la selección de tan sólo tres solicitudes, ya que el artículo 162 de la misma norma nos señala que el órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco. Por lo tanto, al menos se tendrían que invitar a cinco, y no a tres como dice el supuesto.

Por último, se plantean como criterios de adjudicación, el precio y la calidad estética, a razón de un 40% y un 60% respectivamente.

En este sentido, el artículo 131 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación, basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o restringido.

En este sentido, hay que indicar que no parece razonable que el mayor peso de la valoración venga atribuida a un requisito tan irrelevante como la calidad estética del tóner, ya que el mismo va integrado en la impresora, y no aporta nada a su verdadera funcionalidad. De esta manera tenemos que señalar que no parece razonable el criterio de determinación de los elementos de adjudicación.

Por último, hay que indicar que en aquellos casos en los que hay criterios susceptibles de valoración automática y otros valorables mediante juicio de valor, tal y como nos indica el artículo 146.2 de la Ley de Contratos, primero hay que

valorar los de juicio de valor y, posteriormente los valorables de forma automática, al indicar que "la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia" En el supuesto, sin embargo, se han valorado de la forma equivocada, por lo que sería contrario a derecho.

3) En cuanto a la tramitación presupuestaria del expediente de contratación debe pronunciarse sobre la corrección temporal y sobre la adecuación de la modificación presupuestaria realizada.

El artículo 116 de la Ley de contratos del Sector Público determina los elementos que forman parte del expediente, y así nos indica los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas, certificación de existencia de crédito o documento equivalente así como una serie de especialidades para los supuestos en los que se celebre por acuerdo marco o por sistema dinámico de contratación. El punto cuarto indica, así mismo, elementos que el expediente tiene que justificar, tales como la elección del procedimiento o la clasificación exigida.

Por otra parte, la regla 77 de la Orden de 1 de febrero de 1996, por la que se aprueba la Instrucción de operatoria contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, señala que, al inicio de un expediente de contratación, el Servicio gestor expedirá un documento RC de ejercicio corriente y, en su caso, un documento RC de ejercicio posterior. Posteriormente, y una vez que se apruebe el expediente, el Servicio gestor formulará un documento A por el importe que dicho expediente corresponda al presupuesto en curso y, en su caso, un documento A de ejercicios posteriores.

Como vemos, uno de los elementos imprescindibles es la existencia de crédito adecuado y suficiente, cuya retención se producirá al inicio del expediente de contratación, y cuya autorización será simultánea a la aprobación del expediente. Si bien, en el supuesto, se indica que, con carácter posterior a la convocatoria del contrato, pero antes de su adjudicación, se realiza la oportuna transferencia de crédito desde la aplicación presupuestaria prevista.

De esta manera vemos como hay una clara incorrección temporal en la tramitación presupuestaria, ya que se tendría que haber producido con carácter previo al inicio del expediente de contratación.

Así mismo, el artículo 39 de la Ley de Contratos del Sector Público, determina que serán nulos los contratos en los que se diera una situación de carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la ley 47/2003, de

26 de noviembre, General Presupuestaria, salvo lo establecido para los contratos de emergencia.

Por último, se nos solicita indiquemos la corrección de la modificación empleada, una transferencia desde una aplicación presupuestaria prevista para un contrato de obras.

En este sentido, el artículo 52, de la ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, establece que las transferencias son traspasos de dotaciones entre créditos, pudiendo realizarse entre los diferentes créditos del presupuesto incluso con la creación de créditos nuevos, con las siguientes restricciones:

- No se podrán realizar desde operaciones financieras a corrientes ni a operaciones de capital. No se podrán realizar de operaciones de capital a operaciones corrientes.
- No se podrán realizar entre diferentes secciones presupuestarias.
- No podrán minorar créditos extraordinarios ni créditos suplementados o ampliados.
- En el ámbito de la seguridad social, no podrán reducir créditos ampliables salvo para otros ampliables.

Estas limitaciones no afectarán en los casos de reorganización administrativa, ni cuando se refiera a traspasos de competencias a las CC.AA, los que deriven de acuerdos entre departamentos ministeriales, cuando deriven de la aplicación de la Ley del Patrimonio Histórico Español ni cuando se realicen desde el programa de imprevistos.

Por lo tanto, y partiendo de que la obra que se pretende realizar tiene las características para que se financien por el capítulo VI, sería inviable la tramitación de esta transferencia, por estar traspasando desde un crédito de operaciones de capital o un crédito de operaciones corrientes, quedando prohibido por la norma dicha transferencia.

4) A la vista del convenio firmado por el Organismo con Investigaciones de Carburantes, indique, de manera razonada, si estamos ante una subvención. Analice la adecuación a la normativa vigente de la operación presupuestaria realizada para financiar la ejecución del convenio.

De conformidad con la ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, las mismas se podrán adjudicar mediante dos formas o procedimientos, por una parte, los de concurrencia competitiva, siendo esta la forma ordinaria. Por otra parte, se encuentran las adjudicadas por el

procedimiento de adjudicación directa. En este sentido el artículo 22.2. establece tres casos de adjudicación directa de las subvenciones, que son:

- Las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado.
- Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesta por una norma con rango de ley.
- Con carácter excepcional, las subvenciones en se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

El artículo 28 de la misma norma, nos hace referencia a la forma y procedimiento de concesión de las subvenciones directa, y nos indica que podrá ser mediante una resolución de concesión o mediante un convenio.

Por lo tanto, podemos concluir que el convenio a que se refiere el supuesto práctico no es más que el instrumento de concesión de una subvención.

En relación con la operación presupuestaria realizada para financiar la subvención, hay que indicar que el artículo 52.3 de la Ley General Presupuestaria, indica que en ningún caso las transferencias podrán crear créditos destinados a subvenciones nominativas salvo que sean conformes con lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones o se trate de subvenciones o aportaciones a otros entes del sector público.

En este caso, se trata de una subvención nominativa, tal y como se indica en el enunciado, por lo que es contraria a derecho.

Hay que indicar que en lugar de un convenio vinculado a una subvención, se podría haber formalizado por medio de un contrato administrativo, en su modalidad de asociación para la innovación, regulado en el artículo 177, que lo concibe como un procedimiento cuya finalidad es el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes.

5) Respecto a D. José García, ¿es correcta la situación administrativa en la que se encontraba con anterioridad al 1 de enero de 2015? ¿Es correcta la situación administrativa en que se le declara el 4 de febrero de 2015? Justifique sus respuestas.

Por situaciones administrativas se entiende la relación que mantiene en cada momento un empleado público respecto de la administración que empleo para ingresar en las administraciones públicas. Vienen enumeradas en el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, estableciendo como tales: el servicio activo, los servicios especiales, los servicios en otras Administraciones Públicas, la excedencia y la suspensión de funciones.

Con antelación al 1 de enero de 2015, D. José García, se encuentra en situación de servicios especiales por estar desempeñando un puesto de diputado autonómico, en este sentido, hay que acudir al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, así como al Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Por una parte, el artículo 87.1.e), del Real Decreto 5/2015, establece que estarán en situación de servicios especiales, quienes accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales o miembros de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función. Aquellos que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes cámaras o terminación del mandato de las mismas podrán permanecer en la situación de servicios especiales hasta su nueva constitución.

Por otra parte, el artículo 4.g del Real Decreto 365/1995, determina que pasarán a la situación de servicios especiales, cuando accedan a la condición de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, si perciben retribuciones periódicas por el desempeño de la función.

Por lo tanto, sólo estaría en la situación correcta, en el caso de que perciba retribución por el desempeño de las funciones de diputado, circunstancia que si bien no se concreta en el supuesto parece desprenderse, ya que, de otra forma, tendría que haber permanecido en servicio activo.

En el supuesto se nos pregunta si es correcta la situación en la que se declara a D. José García el día 4 de febrero. En esta fecha, y al haberse disuelto las Cortes, el Director del organismo lo declara en situación de servicios en Comunidades Autónomas, si hemos visto que podría permanecer en servicios especiales hasta la constitución de las nuevas Cortes, o bien, tendría que solicitar el reingreso al servicio activo en el organismo, pero en ningún caso, declararlo en la situación en la que lo declararan.

6) *Ante la falta de resolución expresa del recurso de reposición, D. José ¿puede entender estimado el recurso? ¿Qué vía de actuación debe seguir?*

Los artículos 24 y 25 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativos Común, regulan el silencio administrativo tanto en los

procedimientos iniciados a solicitud del interesado, como en los procedimientos iniciados de oficio.

En el supuesto se nos plantea que el interesado, habiendo presentado recurso de reposición, no ha obtenido resolución alguna y en esta situación ha finalizado el plazo de resolver y notificar fijado por la norma.

El artículo 24 antes citado, indica que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el silencio será estimatorio, salvo:

- Si una norma con rango de ley o de Derecho comunitario establezca lo contrario.
- Cuando se pretenda el acceso a actividades o su ejercicio.
- Ejercicio del derecho de petición.
- Procedimientos que puedan transferir facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- Cuando implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.
- Procedimientos de responsabilidad patrimonial.
- Impugnación de actos y disposiciones y procesos de revisión de oficio.

Así mismo, la ley regula el doble silencio con carácter estimatorio, pero de forma exclusiva para algunos supuestos de recurso de alzada. Por lo tanto, y dado que en este caso se trata de un recurso potestativo de reposición, debe considerarse como silencio negativo.

En este caso, la única actuación que podría realizar sería la interposición del recurso contencioso administrativo, que en el artículo 46 de la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fija el plazo de seis meses para su interposición.

www.academialasan.com