

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

RECOMANACIONS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ

I. PRINCIPIS RECTORS DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA

PRINCIPI D'INTEGRITAT

L'article 1 de la LCSP regula els principis de la contractació pública, concretament en l'art. 1.1 estableix que “Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusti als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; i d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, i **el principi d'integritat**, una utilització eficient dels fons destinats a la realització d'obres, l'adquisició de béns i la contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats que s'han de satisfer, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa”.

A diferència de l'art. 1.1 del text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, el vigent art. 1.1 incorpora com a nou principi d'aplicació la integritat. Aquest principi persegueix garantir la coherència i la rectitud de l'actuació dels càrrecs i empleats públics amb els valors, principis i normes que guien la seva activitat i la orientació a les finalitats públiques evitant qualsevol influència indeguda d'interessos personals en les decisions polítiques que posi una desviació de l'interès general.

Essencialment, la integritat recull les polítiques dirigides a prevenir les circumstàncies generadores de les situacions de risc, conflictes d'interessos, en l'actuació de l'administració pública, i una eina per evitar les pràctiques de corrupció.

La integritat es consolida, per tant, en la LCSP com un principi de contractació pública que ha d'inspirar en tot el procés, des de la seva fase inicial fins l'execució del contracte, mitjançant quatre pilars de conformitat amb la doctrina jurídica: la transparència, la bona gestió, la prevenció de males conductes i els conflictes d'interès; i el control i la rendició de comptes.

a) Transparència

La transparència és un dels eixos claus en aquest canvi de cultura que estableix noves maneres de relació entre l'Administració i la ciutadania.

D'acord amb l'art. 2.a) de la Llei 19/2014 de 29 de desembre de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTBG), la transparència es defineix com “l'acció

proactiva de l'Administració de donar a conèixer la informació relativa als seus àmbits d'actuació i les seves obligacions, amb caràcter permanent i actualitzat, de la manera que resulti més comprensible per a les persones i per mitjà dels instruments de difusió que els permetin un accés ampli i fàcil a les dades i els facilitin la participació en els assumptes públics.”

Aquesta regulació entén la transparència com una obligació a càrrec de l'Administració, que ha de facilitar de manera proactiva –és a dir, sense necessitat de demanda expressa– la informació sobre dades i continguts de diversa naturalesa que són referencials respecte de la seva organització, funcionament, presa de decisions més importants i la gestió dels recursos públics.

La gestió transparent de la contractació pública com a política horitzontal, permet explicar a la ciutadania la gestió de recursos públics i ben practicada es converteix en la principal eina per una gestió íntegra i més professionalitzada.

b) L'expressió bon govern o bona administració

És entesa com l'administració honesta i recta de la gestió pública, que ha obtingut el rang legislatiu amb l'entrada vigor de la LTBG, i es contempla com un conjunt de principis d'actuació que pretenen reforçar el comportament ètic de les autoritats públiques. L'art. 2. d) de la LTBG defineix el bon govern com “els principis, les obligacions i les regles sobre la qualitat dels serveis i el funcionament de l'Administració, i els principis ètics i les bones pràctiques d'acord amb els quals han d'actuar els alts càrrecs de l'Administració, els càrrecs directius i la resta de personal al servei de l'Administració, amb l'objectiu que aquesta funcioni amb la màxima transparència, qualitat i equitat, i amb garantia de retiment de comptes.”

Les mesures legals establertes en favor de la integritat i el bon govern busquen la garantia de les decisions públiques siguin acordes amb l'ordenament jurídic, directament dirigides a la preservació dels interessos generals i l'evitació d'un aprofitament fraudulent per els interessos privats en el context de les preses de decisions.

En la mesura en que la corrupció té una de les seves principals fonts en la mala administració relacionada amb la gestió dels recursos públics i en especial amb la contractació pública, establir mesures destinades a preveure o evitar les males pràctiques (l'opacitat, abús de les adjudicacions, la influència d'interessos privats, parcialitat, manca de motivació, plecs fets a mida per algun dels candidats) és una tasca essencial en l'administració pública.

c) Resolució de les situacions de conflicte d'interès

Els conflictes d'interès poden constituir un risc pels principis clau de l'organització administrativa: imparcialitat i objectivitat dels servidors públics, el d'integritat i de confiança pública.

Es distingeixen tipus de conflicte d'interès: el conflicte d'interès real, el potencial i l'aparent. Recollint expressament la menció a aquest últim a l'art. 64 LCSP:

- El conflicte d'interès és real si la persona té un interès particular en relació amb un determinat judici o discerniment professional i es troba ja efectivament en una situació en la qual té l'obligació d'oferir aquest judici.
- Un conflicte d'interès és potencial si la persona té un interès particular que podria influir a l'hora de fer un judici professional des de la posició o càrrec que ocupa, però encara no es troba en una situació en la qual s'hagi d'oferir aquest discerniment.
- Un conflicte d'interès és merament aparent quan la persona no té un conflicte d'interès –ni real, ni potencial- però algú altre podria arribar a concloure raonablement, ni que fos de manera temptativa, que sí el té. Sabem que un conflicte d'interès és aparent quan es resol simplement oferint tota la informació necessària per demostrar que no hi ha cap conflicte d'interès, ni real ni potencial.

d) Responsabilitat de les autoritats i empleats públics

També és generalitzat mitjançant l'expressió *accountability*, centrada en la rendició de comptes i el control en relació amb les pràctiques derivades de la contractació pública i d'altres àmbits d'activitat administrativa. A diferència dels conflictes d'interès que operen fonamentalment com a mecanisme preventiu de la corrupció, i per tant, *ex ante*, la rendició de comptes seria *a posteriori* per controlar l'objectiu de la integritat.

PRINCIPI D'IGUALTAT DE TRACTE DELS LICITADORS I LLIURE COMPETÈNCIA

El principi d'igualtat, i lliure competència es troben regulats a l'art. 132 LCSP en el qual s'especifica que: *“Els òrgans de contractació han de donar als licitadors i candidats un tractament igualitari i no discriminatori i han d'ajustar la seva actuació als principis de transparència i proporcionalitat”*.

La LCSP exposa en l'art. 132.2 que *“La contractació no s'ha de concebre amb la intenció d'eludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que correspongui, ni de restringir artificialment la competència, afavorint o perjudicant indegudament determinats empresaris”*.

Finalment s'exposa en l'art. 132.3 que *“Els òrgans de contractació han de vetllar en tot el procediment d'adjudicació per la salvaguarda de la lliure competència”*.

D'aquest articulat es desprèn que el principi d'igualtat de tracte implica, no només la fixació de condicions no discriminatòries per accedir a una licitació, sinó també que els òrgans de contractació han d'adoptar les mesures necessàries per garantir l'exercici d'aquesta activitat durant tot el procediment de contractació.

El principi d'igualtat de tracte dels licitadors té per objectiu afavorir el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una contractació pública, imposa que tots els licitadors disposin de les mateixes oportunitats al formular els termes de les seves ofertes e implica, per tant, que aquests estan sotmeses a les mateixes condicions per tots els licitadors. És per això que el principi de transparència té essencialment per objecte limitar el risc de favoritisme i arbitrarietat per part de l'entitat adjudicatària, i evitar la pràctica de xarxes clientelars (STJUE de 16 de setembre de 2013).

D'altra banda l'obligació de salvaguardar la lliure competència es troba recollida en l'exposició de motius de LCS, legislació vigent en aquell moment, i que en la seva part dispositiva es regula a l'art. 1 i a l'art. 132 LCSP. Concretament, en l'apartat 2 d'aquest últim s'indica que *“la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”*.

En aquesta línia els poders adjudicadors estan obligats a observar i vetllar per l'observança dels principis competitius tant en el disseny com en el desenvolupament dels seus procediments de contractació a fi que permeti que els operadors econòmics interessats en participar en el procediment de contractació accedeixin a les licitacions en condicions de plena competència. Raó per la qual el poder adjudicador haurà d'estar contínuament en vigilància davant de l'aparició d'indicis que puguin revelar la presència de pràctiques anticompetitives entre les empreses licitadores.

RECOMANA

Que es doti d'un instrument eficaç per poder analitzar l'actuació de les empreses licitadores respecte a la contractació pública municipal amb l'objectiu d'identificar possibles irregularitats o pràctiques susceptibles d'incórrer en competència deslleial d'aquestes empreses.

PRINCIPI DE TRANSPARENCIA

L'aplicació efectiva dels principis de transparència permet una gestió més eficient dels fons públics i d'una gestió transparent compatible amb el dret a una bona administració i a la cultura d'una bona governança.

En matèria de contractació pública, el principi de transparència ha estat regulat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE de 16 de setembre de 2013) en relació a la seva vinculació al principi d'igualtat, resultant que el principi de transparència és considerat el corollari del principi d'igualtat.

La transparència es dona compliment amb la publicació en el perfil del contractant de la documentació necessària per presentar-se a una licitació, i així està establert en l'art. 63 de la LCSP, que és del següent tenor: “3. En el cas de la informació relativa als contractes, s'ha de publicar almenys la informació següent: a) La memòria justificativa del contracte, l'informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis, la justificació del procediment utilitzat per a la seva adjudicació quan s'utilitzi un procediment diferent de l'obert o del restringit, el plec de clàusules administratives particulars i el de prescripcions tècniques que hagin de regir el contracte o documents equivalents, si s'escau, i el document d'aprovació de l'expedient.”

En un altre ordre de consideracions, d'acord amb l'Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, amb l'objecte de reforçar la finalitat de la norma, va considerar convenient recomanar que es deixi constància en l'expedient de contractació de quines han sigut les persones i membres del seu personal (intern o extern) que han participat efectivament en la redacció dels plecs tècnics. Entenent que la participació engloba tant la intervenció efectiva en la confecció dels plecs i documentació tècnica, com la realització d'instruccions o observacions d'obligat compliment concret en els plecs.

RECOMANA

D'acord amb l'art. 63.3 citat que indica uns mínims respecte a la informació que s'hauria de publicar, és necessari que l'òrgan gestor de la contractació la publiqui a fi de reforçar la transparència i seguretat de la contractació pública i evitar els conflictes d'interessos en l'actuació dels membres de la mesa.

PROCÉS DECISORI EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA: ZONA DE RISC DE PRÀCTIQUES FRAUDULENTES

A l'àmbit de la contractació pública la normativa permet espais en els que la discrecionalitat administrativa és pertinent i necessària, i per tant es reconeix un marge d'apreciació que s'aconsegueix mitjançant un procés decisor, que tingui en consideració les especificitats de les funcions dels diferents òrgans, i mitjançant una aplicació efectiva de la normativa, permetrà obtenir la rendició de comptes.

RECOMANA

Recorda que el risc de possibles males pràctiques es pot trobar en aquest procés decisor, perquè és on es poden adoptar les decisions incorrectes, i per tant, produir els abusos de poder. Cal aprofundir en aquesta nova manera d'enfocar el procés decisor en l'expedient de contractació, i procedir a la seva reconfiguració.

SITUACIONS DE CONFLICTE D'INTERÈS

- A) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP)²⁰

La Directiva 2014/24 en el seu art. 24 regula específicament els conflictes d'interès, referint-se a situacions de conflicte d'interès real, potencial o percebudes que afectin al personal del poder adjudicador o dels prestadores de serveis contractats que intervenen en el procediment i a membres de la direcció del poder adjudicador de contractació pública encara que no participi oficialment.

Els conflictes d'interès reals, possibles o percebuts tenen un elevat potencial per influir indegudament les decisions de contractació pública, i posar en perill el principi d'igualtat de tracte dels licitadors, “que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana i efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, y obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores (STJUE de 12 de març de 2015)”.

Al respecte remetem a l'apartat 114 i 115 de la Sentència del Tribunal General de 20 de març de 2013 en el qual s'especifica que:

“114: Según la jurisprudencia, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es

²⁰ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

constitutiva de una situación de conflicto de intereses. A este respecto, el conflicto de intereses rompe la igualdad de trato entre los candidatos y la igualdad de oportunidades entre los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, [C-21/03 y C-34/03](#), [Rec. p. I-1559](#), apartados 29 y 30, y sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión, [T-160/03](#), [Rec. p. II-981](#), apartado 74).”

“115 ... según la jurisprudencia, el concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de los interesados, en particular, de su buena fe (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2001, Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas, [C-315/99 P](#), [Rec. p. I-5281](#), apartados 44 a 48.”

En aquesta mateixa línia, la Sentència del TSJUE de 12 de març de 2015 taxa que:

“35. Un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se de preferencia a un licitador por este mero hecho. Un conflicto de intereses de este tipo puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/2018.”

Recordem que l'art. 2 de la Directiva 2004/2018 regula que “La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.”

En els termes establerts en la STJUE de 12 de març de 2015, front aquesta situació exposada de conflicte d'interès són instruments bàsics la transparència i actuació del poder adjudicador:

- L'obligació de transparència té essencialment com objectiu garantir que no existeix cap risc de favoritisme i d'arbitrarietat per part del poder adjudicador.
- L'obligació del poder adjudicador a comprovar l'existència d'eventuals conflictes d'interès i adoptar les mesures adequades per prevenir, dictar i resoldre'ls.

En aquesta línia s'expressa el Considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE “Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses”.

RECOMANA

En futures contractacions públiques, seria procedent que:

- l'òrgan de contractació arbitrés els mecanismes adequats per resoldre o mitigar la situació de conflicte d'interès detectada
- l'òrgan de contractació incrementés la motivació precisa en el procés decisonal en els expedients de contractació a fi de minimitzar els riscos de incorrer en situacions de conflictes d'interès.
- un procés de capacitat per formar al personal municipal en resolució de situacions complexes de contractació pública i conscienciar de possibles riscos per la integritat.

B) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic pel qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014²¹.

L'art. 64 de la LCSP amb el títol de Lluita contra la corrupció i prevenció dels conflictes d'interessos regula que:

“1. Els òrgans de contractació han de prendre les mesures adequades per lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció, i prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que puguin sorgir en els procediments de licitació amb la finalitat d'evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors.

2. A aquests efectes, el concepte de conflicte d'interessos abraça, almenys, qualsevol situació en què el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el seu resultat, tingui directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació. Les persones o entitats que tinguin coneixement d'un possible conflicte d'interès ho han de posar immediatament en coneixement de l'òrgan de contractació.”

S'ha de remarcar com la pròpia LCSP a través del mencionat precepte inclou precisament fins i tot el concepte de conflicte d'interès aparent.

La Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) defineix el conflicte d'interessos com: “El conflicte d'interessos dels responsables públics és un conflicte entre obligacions públiques i interès privat que pot indegudament influir en el compliment de les seves obligacions i responsabilitats”.

²¹ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

En aquesta línia, l'Oficina d'Antifrau de Catalunya (en endavant OAC) defineix el conflicte d'interès com *“la situació de risc en què l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra, que, legítimament, confia en aquell judici”*.

Degut que el conflicte d'interès és aquella situació on concorre un interès particular que podria arribar a influir en la seva imparcialitat i objectivitat, i per tant, confronta el deure professional amb l'interès particular, ha de reunir els següents requisits:

- Ha d'exercir el seu judici o discerniment professional
- Per a –o en nom de- una altra persona que legítimament confia en el seu judici
- I té un interès particular (personal o professional), que podria interferir en l'exercici adequat de la seva responsabilitat professional

Procedeix també referenciar la definició de conflicte d'interès que regula l'**art. 8 del Codi ètic i de bona conducta de l'Ajuntament de Barcelona**: *“s'entén que existeix, o pot existir, conflicte d'interès quan concorren interessos públics i privats de tal manera que poden afectar negativament l'exercici de les funcions públiques de manera independent, objectiva, imparcial i honesta.*

El conflicte d'interès sorgeix quan les persones subjectes a aquest Codi adopten decisions vinculades a l'Ajuntament que afecten els seus interessos personals, de naturalesa econòmica o professional, per suposar un benefici o perjudici als mateixos.

Es consideren interessos personals:

- a) Els interessos propis*
- b) Els interessos familiars, incloent els del cònjuge o persona amb qui convisqui en anàloga relació d'afectivitat, els familiars dins del quart grau de consanguinitat o segon grau d'afinitat*
- c) Els de les persones amb qui tinguin una qüestió litigiosa pendent*
- d) Els de les persones amb qui tingui amistat íntima o enemistat manifesta*
- e) Els de les persones jurídiques o entitats privades a les que les persones destinatàries del codi hagin estat vinculats per una relació laboral o professional en els dos anys anterior al nomenament*
- f) Els de les persones jurídiques amb o sense ànim de lucre o entitats privades a les que els familiars de la lletra b) estiguin vinculats per una relació laboral o professional, sempre que aquesta impliqui exercici de funcions de direcció, assessorament o administració”*

Respecte al cas concret, ens remetem a un possible conflicte d'interès del/la Sr/a. XXX, atenent que aquest/a és un membre de la mesa de contractació que ha signat i participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte.

Concretament respecte a l'existència d'un interès particular o professional i atès la seva claredat ens remetem a la literalitat d'allò expressat en el document *“La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya”* emès per el Parlament de Catalunya i l'Oficina d'Antifrau de Catalunya en l'any 2016:



6. Tots els interessos esmentats fins ara són externs al rol professional, però els interessos particulars també *es poden originar en l'àmbit professional*. L'any 2001, Andrew Stark¹³ va posar en relleu que els interessos intrínsecs al rol professional tendeixen a originar-se principalment per dues situacions:

a. El professional exerceix més d'una funció per a un mateix client, cap o *principal*, que requereix que faci alhora els rols de comprador i venedor (situació que Stark denomina *conflicte de diagnosi i provisió de servei*), o bé un rol imparcial i un altre de parcial en relació amb un mateix *principal* (situació que denomina *conflicte de judici i advocacia* o el fet de ser jutge i part en una mateixa qüestió). Es trobarien en aquest tipus de conflicte d'interès els membres d'una corporació pública que disposen de marge per decidir el seu nivell retributiu; o bé aquells servidors públics que proposen la necessitat de contractar o defineixen les condicions dels plecs i alhora participen en les deliberacions de la mesa de contractació.

RECOMANA

Que es doni trasllat al Comitè d'ètica per si els fets poguessin ser constitutius d'infracció del codi ètic en matèria de contractació pública i en especial pel que es refereix al conflicte d'interès.

PROFESSIONALITZACIÓ I FORMACIÓ AL PERSONAL MUNICIPAL QUE INTERVÉ EN ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

La professionalització i/o formació del personal que dissenya, tramita i realitza el seguiment de l'execució dels expedients de contractació és imprescindible perquè la seva actuació es realitzi respectant els principis de la contractació pública establerts a l'art. 1 LCSP. En especial per aquest cas concret, han de tenir la suficient informació i formació per elaborar plecs de prescripcions tècniques que evitin clàusules que limiten la concurrència d'altres licitadors, i es procedeixi a la materialització del principi d'igualtat de tracte i l'obligació de transparència que comporta.

En aquest sentit, l'art. 145.5 LCSP precisa que “Els criteris a què es refereix l'apartat 1 que han de servir de base per a l'adjudicació del contracte s'han d'establir en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu, i han de figurar en l'anunci que serveixi de convocatòria de la licitació, per la qual cosa han de complir els requisits següents:

- a) En tot cas han d'estar vinculats a l'objecte del contracte, en el sentit que expressa l'apartat següent d'aquest article.
- b) S'han de formular de manera objectiva, amb ple respecte als principis d'igualtat, no-discriminació, transparència i proporcionalitat, i no han de conferir a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.

c) Han de garantir la possibilitat que les ofertes siguin avaluades en condicions de competència efectiva i han d'anar acompanyats d'especificacions que permetin comprovar de manera efectiva la informació facilitada pels licitadors amb la finalitat d'avaluar la mesura en què les ofertes compleixen els criteris d'adjudicació. En cas de dubte, s'ha de comprovar de manera efectiva l'exactitud de la informació i les proves facilitades pels licitadors".

Una gestió més exhaustiva dels conflictes d'interès, atorga a la mesa de contractació de les suficients eines, no només en la detecció de la existència d'un veritable conflicte d'interès, sinó també en la seva avaluació i resolució eficaç del mateix.

RECOMANA

- Una major especialització i formació continuada del personal que intervé en els expedients de contractació.

- En matèria de conflicte d'interès es verifiquin amb caràcter previ, les oportunes consultes al comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, i en conseqüència es doni trasllat a l'esmentat òrgan col·legiat a efectes preventius i per si els fets poguessin ser contraris al que disposa el Codi Ètic i de Conducta.

CONTRACTACIÓ PÚBLICA RESPONSABLE: PERSONAL CONTRACTAT AMB DIFICULTATS PARTICULARS D'INSERCIÓ AL MERCAT LABORAL

El Decret d'Alcaldia de 20 de novembre de 2013 de Contractació pública responsable amb criteris socials i ambientals és d'aplicació als contractes del sector públic que subscriguin l'Ajuntament de Barcelona, i les entitats dependents que tenen la condició de poder adjudicador.

A l'art. 5 del citat Decret es relacionen els perfils de les persones amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral i a l'art. 15 regula que als plecs de clàusules administratives particulars dels contractes s'han d'incloure condicions especials d'execució que comportin l'obligació de contractació de persones amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral, així mateix "Aquestes condicions hauran de constar a l'anunci de licitació i configurar com obligacions essencials per a l'empresa adjudicatària i tindran el contingut mínim següent".

En el cas concret de la comunicació es va constatar que l'òrgan tècnic gestor de contractació havia realitzat un seguiment acurat en relació al compliment de les

clàusules socials. També de la documentació analitzada es va deduir que l'empresa adjudicatària des de l'inici del servei ha anat reiteradament incomplint les condicions especials d'execució del contracte, atès que els percentatges de la contractació social es situaven per sota dels inclosos a l'oferta presentada per l'empresa adjudicatària.

Durant aquest procés els tècnics de l'òrgan de contractació han comunicat i reclamat a l'empresa adjudicatària que havia aportat poca documentació sobre els treballadors. Aquesta situació dificultosa de la feina dels tècnics va ser plasmada en cadascuna de les actes de seguiments, així com els requeriments efectuats.

Constatat pels serveis tècnics de l'òrgan contractant l'incompliment de les clàusules socials, i la petició reiterada d'incoació de l'expedient sancionador corresponent a la Direcció XX de la Gerència de l'òrgan de contractació, procediria donar l'impuls corresponent per tal de fer efectius la petició d'incoació de expedient sancionador interessada pels òrgans tècnics, de conformitat amb la normativa reguladora, i amb l'objecte de garantir l'execució en els termes establerts en el propi contracte, i en conseqüència reforçar la confiança de la ciutadania (entre la que es troben tots/tes els/les treballadors/res de les empreses que finalment contracten amb l'Ajuntament) en la gestió pública.

RECOMANA

- **Especificar en el plec de clàusules administratives la indicació de l'existència de personal contractat amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral a subrogar.**
- **Aplicar els mecanismes legalment establerts davant dels possibles incompliments de les condicions d'execució per part de l'empresa contractista; amb l'objectiu d'exigir les responsabilitats necessàries per tal d'assegurar el compliment del contracte, i si s'escau iniciar la incoació del procediment administratiu sancionador corresponent, i la imposició de les sancions que procedeixin. En el cas de no actuar-se de conformitat amb la legalitat establerta en relació a l'efectiva incoació dels procediments sancionadors hauria de constar el pertinent informe justificatiu que motivés la decisió tant de la no incoació com de la seva dilació.**

SEGUIMENT DE L'ACTUACIÓ

Arrel de la recomanació, l'òrgan gestor de la contractació va informar a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica que a la vista de les comprovacions efecutades per la Direcció de Serveis d'Anàlisi s'evidencia que cal reforçar el control sobre XXX i emprendre accions constrictives i punitives per tal de garantir l'adequada

supervisió del servei al mateix temps que es recolliran i implementaran les recomanacions fetes.

RECOMANA

Fer un seguiment acurat del manteniment de les condicions laborals durant la vigència del contracte del personal contractat o subrogat amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral.

CONTRACTACIÓ SOCIAL RESPONSABLE: CONDICIÓN ESPECIAL D'EXECUCIÓ DE SUBROGACIÓ LABORAL

I. La Guia de contractació pública social impulsa la contractació pública socialment responsable incorporant en la compra pública municipal objectius de justícia social, sostenibilitat ambiental i codi ètic. En ella es concreten mesures, entre d'altres, socials per executar els contractes públics amb un model de negoci basat en salaris dignes, contractació laboral estable amb protecció de la salut laboral, sostenibilitat ambiental i comportament ètic, a fi de promoure la participació democràtica dels agents productius i impulsar la innovació social.

Cal tenir en compte que en la preparació de cada contracte municipal s'han d'estudiar les mesures socials d'aplicació en funció de les característiques de l'objecte contractual. En la Guia de contractació pública social consta que *“L'aplicació de mesures socials ha de ser coherent i sistemàtica. El mercat ha de tenir seguretat jurídica i confiança en el comportament de l'Administració. En aquest sentit, contractes amb prestacions i característiques similars han de tenir uns requeriments socials similars. Els contractes de tracte successiu, que es liciten regularment perquè constitueixen necessitats administratives o públiques fixes, han de mantenir les prescripcions socials sense canvis injustificats”*.

Assentats aquests principis establerts en la guia de contractació pública social, com a Administració que ha imposat la condició especial d'execució de subrogació laboral en els plecs de clàusules administratives, caldria fer dues consideracions:

- En primer lloc, el cas concret, no consta en l'expedient de contractació ni a *“l'Informe justificatiu de la contractació dels serveis XXX amb mesures de contractació pública sostenible”* document referent *“al parer i les observacions dels sectors empresarials implicats atenent el seu caràcter imperatiu”*, atenent que el conveni col·lectiu d'aplicació al personal adscrit al contracte no ho recull com una obligació laboral.

En aquest sentit, d'acord amb l'art. 2 de la Directiva 2004/2018, els poders adjudicadors han de donar als operadors econòmics un tractament igualitari i no discriminatori, i obraran amb transparència (art. 2 de la Directiva 2004/2018).

Al respecte, cal portar a col·lació la Resolució nº 235/2016 del Tribunal Administratiu de Contractació pública de la Comunitat de Madrid que planteja els efectes de la imposició de la condició de subrogació laboral en els plecs per les petites i mitjanes empreses:

“A todo lo anterior hay que añadir que si bien teóricamente caben ambas interpretaciones, desde el punto de vista de la praxis, se aprecia que en muchas ocasiones las empresas realizan “política de personal” a través de la contratación pública, lo que puede colocar a las pequeñas y medianas empresas eventualmente ante la imposibilidad o incertidumbre de asumir una contratación con una importante carga de personal, salvo en el caso de imposición convencional o legal, ante la inseguridad de que la obligación pueda o no establecerse en los pliegos (circunstancia que se produce en cada licitación pero despliega efectos respecto de la siguiente). Además se aprecia por este Tribunal la dificultad de realizar una oferta cabal ante la necesidad de contar con el consentimiento de los trabajadores que dependería de la empresa que resultara adjudicataria, de forma que los costes de personal de los contratos serían inciertos en cuanto a la subrogación al menos hasta el momento de la adjudicación, lo que puede llevar a ofertas ineficientes ante la eventualidad de contar con un personal y en unas condiciones inciertas.

Por último no cabe desdeñar que a través de sucesivas subrogaciones de personal no pactadas convencionalmente, la Administración se coloca en la posición de empleador, pero sin embargo carece de capacidad de negociación al ser un tercero en las relaciones laborales entre empresa y trabajadores”

- En segon lloc, cal observar la indeterminació dels paràmetres objectius per a valorar si es manté o no la necessitat d'imposar en la nova contractació la condició especial d'execució de subrogació laboral, establert en el PCAP, atenent concretament la finalitat que persegueix la mesura d'estabilitat laboral, i amb les especificacions de la guia de contractació la qual considera que en els contractes que es lliciten regularment *“s'han de mantenir les prescripcions socials sense canvis injustificats”*.

Cal dir que la transformació en fixos de tots els contractes temporals d'obra i servei determinats i l'increment del sou de tota la plantilla destinada a l'execució del contracte, justament en dates prèvies a la licitació del nou contracte per part de l'empresa que venia prestant el servei i que tenia previst participar en aquesta

licitació (com així es va constatar posteriorment) a més de constituir un índex d'un possible coneixement de les condicions del nou contracte abans de la seva publicació (pel que es refereix al coneixement de la introducció en els plecs de la condició d'execució especial de subrogació laboral) podria suposar una pràctica col·lusòria de la competència en la mesura que es torna un element dissuassori per la lliure competència, i contrari als principis de no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors recollits en l'art. 1 del Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic²², atenent a que s'incrementava el cost de la part social de les empreses que volien aspirar al nou contracte. Màxim quan la dita clàusula no assegura que en la futura convocatòria de licitació, una vegada finalitzada la duració del contracte licitat, es mantingui l'obligació de subrogació (ens remetem en aquest sentit a l'evidència ja apuntada anteriorment de que malgrat el contracte suposava una millora proporcional del pressupost màxim dels expedients anteriors només van concorre a la licitació, a més de la que venia prestant el servei, una sola empresa, quan en l'anterior licitació es van computar vuit).

En aquest sentit cal afegir, que tal com es desprèn de la pròpia gestió realitzada per xxx (segons consta en la seva declaració responsable transcrita) el cost econòmic que li suposava en aquell moment la conversió en indefinits dels contractes temporals de la plantilla no era significatiu, a la vista de les curtes antiguitats que tenien els treballadors/res, doncs, estaríem parlant d'una indemnització de 20 dies per any treballat en front a una de 33 dies per any treballat en el cas d'acomiadament d'un treballador indefinit. I per contra sí que l'oferia una gran avantatge competitiva de cara a la licitació del contracte respecte de les altres licitadores.

RECOMANA

L'òrgan gestor de la Bústia ètica recomana la revisió de l'expedient de contractació per:

- abordar la parquedat de la justificació que emparava la introducció de la mesura de subrogació laboral en els plecs i la predeterminació dels criteris que han d'avaluar la seva continuïtat (de ser el cas) en la futura contractació a l'objecte d'eliminar la vaguetat actual.

- aprofundir sobre la situació detectada en relació a possibles influències que podrien haver portat, presumptament, a incloure la mesura de subrogació laboral com a condició especial d'execució

²²Cos normatiu vigent en el moment dels fets analitzats

INDEXAR I FOLIAR ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

RECOMANA

Insta i recorda que, d'acord amb les exigències legals vigents, els expedients de contractació han d'estar foliats i indexats, a fi d'evitar els riscos de possibles manipulacions que això pot comportar

II. FASE DE PREPARACIÓ DE L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ

REQUISITS DE SOLVÈNCIA: DELIMITACIÓ, CONCRECIÓ I MOTIVACIÓ

L'aplicació del principi d'igualtat de tracte, en la fase de solvència, és de gran importància pràctica, perquè les exigències de solvència es conformen com un requisit o condició “*sine qua nom*” en la licitació, atès que el seu incompliment justifica l'exclusió del licitador. Aquesta és l'arrel de la transcendència de la seva ajustada i motivada concreció, perquè en cas d'exigir uns requisits de solvència desproporcionats poden implicar restriccions indegudes de la competència i poden suposar un trencament del principi d'igualtat de tractament.

En aquesta línia, els requisits de solvència exigits per l'òrgan de contractació han d'estar justificats sobre les bases relacionades amb l'objecte del contracte, atès que uns requisits excessivament exigents poden elevar substancialment les barreres d'entrada de les empreses en la licitació, i provocar efectes discriminatoris entre els licitadors. Cal tenir en compte que l'exigència d'explicació i de justificació encara és més necessària quan el criteri de solvència professional comporta un criteri d'exclusió.

Respecte a la motivació de l'exigència de solvència, enquadrada dins de la discrecionalitat tècnica, ens remetem al literal de la Sentència del Tribunal Suprem de 24 de setembre de 2014, que requereix que perquè sigui vàlida el contingut de la motivació ha de complir com a mínim aquestes exigències:

“(a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;

(b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y

(c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.”

També al tenor d'allò establert en l'Acord 98/2015 de 13 de novembre de 2015 del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó cal assumir per l'organització que *“La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de los informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue”*.

RECOMANA

Recorda que un límit infranquejable a la discrecionalitat tècnica és que no es desvirtuin els principis d'igualtat de tracte i de transparència. En aquest sentit, la discrecionalitat tècnica no pot servir, emparar, ni ocultar, una contractació directa amb la clara vulneració dels principis de concurrència i eficiència en la gestió dels fons públics.

Assentada la transcendència de la motivació dels requisits exigits en la solvència, també es recorda que tot procediment de licitació ha de generar la concurrència entre les empreses.

Seguiment de l'actuació

Es va donar trasllat a la Intervenció General que arrel de la mateixa ha procedit a l'exercici 2019 a realitzar una auditoria específica sobre la contractació de l'Institut Municipal afectat, la qual li farem arribar pròximament.

ACREDITACIÓ DE LA SOLVÈNCIA ECONÒMICA I TÈCNICA

L'art. 62 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector públic aplicable en aquell moment, especificava que per subscriure contractes amb el sector públic les empreses han d'acreditar que compleixen amb les condicions mínimes de solvència econòmica i financera i professional o tècnica que es determinin per l'òrgan de contractació, substituint-se aquest requisit pel de la classificació que aquesta sigui exigible d'acord amb el que disposa el mateix TRLCSP.

Arrel de l'entrada en vigor de la Llei 14/2013 de 27 de setembre, relativa als emprenedors i a la seva internacionalització, es va introduir l'art. 146.4 consistent en

què l'òrgan si ho estimava convenient, podria establir en el plec de clàusules administratives particulars que l'aportació inicial de la documentació relativa al compliment dels requisits previs, es substituís per una declaració responsable del licitador, i que en aquest cas, el licitador a favor del qual recaigui la proposta d'adjudicació ha d'acreditar davant de l'òrgan de contractació, prèviament a l'adjudicació del contracte, la possessió i la validesa dels documents exigits.

Així mateix, l'art. 146.4 in fine especificava que l'òrgan de contractació en ordre a garantir el bon fi del procediment, podrà recavar, en qualsevol moment anterior a l'adopció de la proposta d'adjudicació, que els licitadors aportin documentació acreditativa del compliment de les condicions establertes per ser adjudicatari del contracte.

Posteriorment van néixer les Directives del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, D 2014/23/UE relativa a l'adjudicació dels contractes de concessió i la D 2014/24/UE sobre contractació pública que van introduir mesures adreçades a incrementar la transparència, la simplificació i l'eficiència en els procediments de licitació.

Amb aquesta finalitat l'art. 59 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer, sobre contractació pública, estableix que els poders adjudicadors han d'acceptar el document europeu únic de contractació (DEUC), en el moment de la presentació de les sol·licituds de participació o les ofertes, com a prova preliminar que les empreses licitadores reuneixen les condicions per participar en el procediment de contractació, el qual consisteix en una declaració actualitzada de l'interessat que substitueix els certificats expedits per les autoritats públiques o per tercers.

Per part de la Generalitat, i dins de l'àmbit de les seves competències va procedir a dictar el Decret Llei 3/2016 de 31 de maig de mesures urgents en matèria de contractació pública, l'objecte del qual va ser establir mesures en relació amb l'aplicació de determinades disposicions de la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, i de la Directiva 2014/24/UE.

Específicament l'article 4 del Decret Llei 3/2016, de 31 de maig regula que les empreses licitadores *“no estan obligades a acreditar documentalment, en el moment de la presentació d'ofertes, el compliment dels requisits de capacitat i solvència”*; i que els òrgans de contractació han d'admetre una declaració responsable que substitueixi l'acreditació documental o el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació, i en relació als contractes subjectes a regulació harmonitzada només

es pot admetre, com a document substitutori, el formulari normalitzat de document europeu únic de contractació.

Amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, l'art. 140 regula que les proposicions en el procediment obert han d'anar acompanyades d'una declaració responsable que s'ajustarà al formulari de document europeu únic de contractació.

També obre la possibilitat a que l'òrgan o mesa de contractació podrà demanar als candidats o licitadors que presentin la totalitat o una part dels documents justificatius, quan ho considerin que existeixen dubtes raonables sobre la vigència o fiabilitat de la declaració, quan resulti necessari per el bon desenvolupament del procediment i, en tot cas, abans d'adjudicar el contracte.

En aquesta línia l'apartat 10.4 de la Instrucció per a l'aplicació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del Sector Públic de l'Ajuntament de Barcelona aprovada per la Comissió de Govern en sessió de data 9 de març de 2018 especifica que el requeriment d'aportació documental acreditativa es farà quan hi hagi dubtes de la veracitat o vigència de la declaració.

RECOMANACIÓ

Que a fi d'identificar possibles situacions en les que l'òrgan de contractació ha de sol·licitar documentació complementària o justificativa a la declaració responsable o DUE, es recomana facilitar aquesta tasca mitjançant la corresponent circular, instrucció o informació als òrgans de contractació.

CRITERI DE SOLVENCIA PROFESSIONAL

Els articles 74 a 76 de la LCSP emmarquen els requisits que l'òrgan de contractació ha de concretar per poder acreditar la solvència econòmica i financera i professional o tècnica de la contractista. En aquest sentit l'art. 74 de la Llei 9/2017 regula que:

“1. Per subscriure contractes amb el sector públic els empresaris han d'acreditar que compleixen les condicions mínimes de solvència econòmica i financera, i professional o tècnica que determini l'òrgan de contractació. Aquest requisit s'ha de substituir pel de la classificació quan aquesta sigui exigible de conformitat amb el que disposa aquesta Llei.

2. Els requisits mínims de solvència que hagi de reunir l'empresari i la documentació requerida per acreditar-los s'han d'indicar en l'anunci de licitació i s'han d'especificar en el plec del 6contracte, han d'estar vinculats al seu objecte i han de ser proporcionals a aquest.”

De la lectura d'aquest precepte, es desprèn que la normativa d'aplicació dota a l'òrgan de contractació d'un ampli marge d'apreciació en relació a la determinació dels criteris de solvència en els plecs, respectant els límits establerts: la proporcionalitat i la vinculació amb l'objecte del contracte.

El límit de la proporcionalitat, segons la doctrina, és necessari per evitar que es vulneri el principi de no discriminació e igualtat de tracte entre els licitadors recollit en l'art. 1 de la LCSP, entès com el principi finalista que afavoreix el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una licitació pública, exigint que totes elles gaudeixin de les mateixes oportunitats en la formulació de les seves ofertes. És considerat, per tant, com un principi vertebrador de tota la contractació pública, atès que genera concurrència empresarial i competència que reverteix en l'eficiència en la inversió dels recursos públics.

Atenent aquesta exposició, per poder determinar si la concreció dels requisits de solvència respecten els límits establerts en la normativa, cal acudir a la seva justificació en l'expedient, i comprovar si els criteris establerts, per l'especificitat i el contingut del contracte, fan exigible que aquests requisits resulten imprescindibles per la seva correcta execució.

En la mateixa línia l'apartat 116.4 de la LCSP estableix que a *"l'expedient s'ha de justificar adequadament"*, incloent en l'apartat *"c) Els criteris de solvència tècnica o professional, i econòmica i financera, i els criteris que s'han de tenir en consideració per adjudicar el contracte, així com les condicions especials de la seva execució"*.

Per tant, quant ni en l'informe justificatiu que inicia l'expedient ni en el Plec de prescripcions tècniques, consta cap motivació que justifiqui la necessitat dels requisits de la solvència amb la competència tècnica professional tant restrictiva, podria ser entès per la ciutadania i per les empreses del sector, com una arbitriietat en la decisió de l'òrgan gestor, al no constar cap motivació en l'expedient de contractació que recolzi el criteri tècnic establert per la solvència professional, i encara més en concret respecte a la solvència exigida al perfil professional de consultor especialista en contractació pública en el sector públic.

És més, aquesta omisió de motivació en la decisió de l'òrgan gestor respecte a l'establiment dels especificats criteris de solvència podria incórrer en possibles riscos d'impugnació de l'expedient de contractació

MOTIVACIÓ DE LA NECESSITAT DEL CONTRACTE I JUSTIFICACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ EXTERNA

- A) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP)²³

En tot contracte del sector públic en què s'hagi d'adjudicar a una entitat sigui o no administració pública, s'ha d'elaborar amb caràcter obligatori un informe justificatiu de la necessitat de la contractació (art. 22.1 TRLCSP), ja que està relacionat directament amb l'objectiu de la llei d'assegurar una eficient utilització dels fons públics destinats a la realització d'obres, adquisició de béns o contractació de serveis mitjançant l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer (art. 1, primer paràgraf, TRLCSP).

Aquest informe, justificatiu de la necessitat de contractació té legalment uns requeriments competencials, de procediment i materials. Competencialment, per a les administracions públiques, l'informe justificatiu s'ha d'incorporar a l'inici de l'expedient de contractació i aquest l'ha d'aprovar l'òrgan de contractació (art. 109.1 TRLCSP). No obstant, per als poders adjudicadors no administracions públiques, aquesta disposició no és directament aplicable (art. 137 TRLCSP), i per tant s'ha d'estar supletòriament al dret privat (art. 20.2 TRLCSP) i en definitiva a les disposicions estatutàries o als actes d'apoderament que si s'escau s'hagin fet.

Procedimentalment, l'informe s'ha d'inserir en la documentació preparatòria i s'ha d'elaborar abans que s'iniciï el procediment encaminat a l'adjudicació del contracte (art. 22.1, segon incís, *in fine*, TRLCSP). Materialment, l'informe té com a objectiu determinar amb precisió la naturalesa i extensió de les necessitats que es pretenen cobrir mitjançant el contracte, així com la idoneïtat del seu objecte i el contingut per a satisfer-les (art. 22.1, segon incís, *in initio*, TRLCSP).

Aquesta obligació de motivació no és una mera exigència formal derivada de la normativa de procediment per a tots els actes administratius (article 54 de la Llei 30/1992; art 35 de la Llei 39/2015) sinó un requeriment substancial de l'expedient de contractació, creiem que determinant per a la seva validesa.

El Tribunal de Comptes, així com la majoria dels òrgans de control externs autònoms, han instat més d'un cop a complir amb aquesta obligació de "*justificar debidamente en los expedientes la necesidad de la contratación. seguidamente en los expedientes la necesidad de la contratación, lo que en último extremo garantiza una eficiente utilización de los fondos públicos*".

²³ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

Per posar un exemple l'Informe de Fiscalització del Consejo de Cuentas de Castilla y León relatiu a la contractació celebrada per a l'Administració General e Institucional d'aquesta Comunitat Autònoma durant l'exercici 2011, de 23 de juliol de 2014 indica que *"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP, en el expediente se debe justificar la necesidad de la contratación y la insuficiencia de medios personales y materiales, con particular detalle en aquellos supuestos en que se contraten funciones administrativas de competencia del órgano gestor."*

El Tribunal Suprem ha apel·lat també a aquesta obligatorietat, en concret en la Sentència de 3 de novembre de 2011 (rec 2757/2009), que va declarar la nul·litat d'un contracte de serveis al no haver justificat l'Administració la necessitat de contractació externa, considerant que la justificació exigida legalment a l'Administració no és un requisit merament formal. Si bé, aquesta sentència invoca la normativa aplicable anterior, cal recordar que s'aplica en aquesta anàlisi és molt més exigent quan a la necessitat de la justificació de la contractació.

En el mateix sentit, el dictamen del Consejo Económico y Social (CES) al Anteproyecto Llei Contracte Servei Públic (ALCSP), de 25 de juny de 2015, indica el següent: *"... recomienda que se disponga de mayor información al inicio del proceso de licitación y, en concreto, que se manifiesta con carácter previo y de forma expresa la necesidad y las razones de la licitación..."*.

- B) Normativa d'aplicació dels fets objecte de la comunicació: Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic pel qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014²⁴.

En relació a la motivació de la necessitat del contracte, l'art. 116.1 de LCSP regula que *"la subscripció de contractes per part de les administracions públiques requereix la tramitació prèvia de l'expedient corresponent, que ha d'iniciar l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte en els termes que preveu l'article 28 d'aquesta Llei i que s'ha de publicar en el perfil de contractant."*

Per altra banda, l'art. 28 de la LCSP regula la necessitat i idoneïtat del contracte i eficiència en la contractació que literalment especifica: *"Les entitats del sector públic no poden subscriure contractes que no siguin els necessaris per complir i dur a terme els seus fins institucionals. A aquest efecte, la naturalesa i extensió de les necessitats que es pretenen cobrir mitjançant el contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les, quan s'adjudiqui per un procediment obert, restringit o negociat sense publicitat,*

²⁴ Per ser la normativa vigent aplicable als fets comunicats

*s'han de **determinar amb precisió**, i se n'ha de deixar **constància en la documentació preparatòria**5, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seva adjudicació”.*

Per tant és exigència legal que a la documentació preparatòria de l'expedient de contractació s'ha de justificar adequadament i amb precisió la seva necessitat i deixar constància tant de la naturalesa i extensió de les necessitats a cobrir pel contracte, així com de la idoneïtat del seu objecte amb el contingut del contracte.

En aquesta línia, l'expedient de contractació ha de començar amb una decisió administrativa de l'òrgan competent que ha de motivar les necessitats del contracte a satisfer, això suposa valorar diferents opcions, examinar diferents alternatives, analitzar els recursos disponibles, humans i financers, i la seva qualitat.

Aquesta és, per la seva naturalesa, la decisió de caràcter més discrecional, perquè emmarca i condiona tot el procés de la contractació, i és per la seva transcendència que s'exigeix per la normativa mencionada que estigui degudament raonada i justificada amb precisió.

Per l'altra banda, la Resolució de 25 de juliol de 2018 de la Intervenció General de l'Administració de l'Estat, pel qual es dona aplicació a la previsió dels articles 152 i 147 de la Llei General Pressupostària, estableix que en els expedients de contractació de serveis: “d) *Que se justifica en el expediente la carencia de medios suficientes para la prestación del servicio por la propia Administración por sus propios medios.*”

ELECCIÓ DELS CRITERIS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES I LA SEVA PONDERACIÓ: INCREMENTAR LA MOTIVACIÓ

La potestat de l'òrgan de contractació en l'elecció dels criteris de valoració de les ofertes i la seva ponderació no és absoluta atès que els criteris escollits han de permetre determinar quina és l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Cal tenir en compte en relació als criteris de valoració de les ofertes que, l'Ajuntament, com a impulsor de la contractació pública socialment responsable, va aprovar el Decret d'Alcaldia S1/D/2017-1271 de 24 d'abril, de contractació pública sostenible de l'Ajuntament de Barcelona que inclou l'aprovació de la Guia de contractació pública social, que concretament en relació al contracte de serveis considera que l'eficiència en la realització de la prestació contractual depèn de la formació i motivació de les persones que executen el contracte, dels salaris que perceben, de les relacions entre les persones treballadores, o de la desigualtat de

gènere que provoca una “intolerable injustícia social que perverteix la mateixa oferta econòmica que ofereixen les empreses en els concursos públics”.

Així mateix, en relació a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es traslladen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, que va entrar en vigor el 9 de març de 2018, l'art. 145 regula que l'adjudicació dels contractes es realitza utilitzant una pluralitat de criteris d'adjudicació en base a una millor relació qualitat-preu, i que s'avalua d'acord a criteris econòmics i qualitatius. Per tant, és també un criteri qualitatiu “l'organització, qualificació, i experiència del personal adscrit al contracte que es vagi a executar, sempre i quan la qualitat d'aquest personal pugui afectar de manera significativa a la millor execució”.

Cal afegir que en relació als contractes de serveis que tenen per objecte prestacions de caràcter intel·lectual, com els serveis d'enginyeria i arquitectura, s'incorpora un paràgraf en el qual s'especifica que “*si fomentan la integració social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación*”.

RECOMANA

Que atès la potestat de l'òrgan de contractació en l'elecció dels criteris de valoració de les ofertes i la seva ponderació, caldria fomentar a l'òrgan gestor que en els plecs de clàusules administratives s'inclogués una motivació suficient d'aquesta elecció en els termes: a) que establia l'article 117 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector públic (Llei en vigor en el moment de la comunicació) amb concordança amb els articles 22 i 150 de l'esmentat cos normatiu i b) dels vigents articles 28; 116; 145 i 156 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic.

CERTIFICACIÓ NEGATIVA DEL REGISTRE CENTRAL DE DELINCUEXTS SEXUALS

Recordem l'obligació establerta en l'art. 13.5 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, introduïda per l'apartat vuit de l'article primer de la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la

infància i a l'adolescència, en el qual s'estableix que: “Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una **certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales**”.

RECOMANA

Que en contractes relatius a prestacions que impliquin contacte habitual amb menors, aquesta documentació hauria de constar com una obligació de l'empresa adjudicatària dins del clausulat dels plecs de la contractació, i aportar-la a l'inici del contracte al departament que gestiona el mateix.

III. FASE DE LICITACIÓ

CONFIGURACIÓ DE LES MESES DE CONTRACTACIÓ ATEOS ELS RISCOS DE CONFLICTE D'INTERÈS

La Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) regula la composició de les meses de contractació, concretament l'art. 326.5 estableix que: “Tampoc pot formar part de les meses de contractació el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte de què es tracti, excepte en els supòsits a què es refereix la disposició addicional segona”.

Recordem que la Disposició Addicional segona de la LCSP al·ludeix expressament a les competències en matèria de contractació en les entitats locals. Sobre aquesta matèria la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat s'ha pronunciat en el seu expedient 96/2018 en considerar que: “La DA 2ª no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos”.

En qualsevol cas, i com així s'expressa en l'informe 3/2018 i 96/2018 de la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat en relació amb l'objectiu de l'art. 326 LCSP: “(Del precepto) se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la

participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de en un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa”.

És unànime la doctrina en entendre que la norma, la LCSP, ha considerat que hi ha un conflicte d'interès en l'actuació dels membres de la mesa, quan participen en ella persones que han participat en la redacció de qualsevol documentació tècnica del contracte. I per fer front aquesta situació ha previst una mesura obligatòria per evitar aquesta situació de conflictes d'interès: la no participació en la Mesa d'aquestes persones. En aquest mateix sentit s'ha pronunciat l'Oficina d'Antifrau de Catalunya.

No obstant on sí hi ha discussió doctrinal és en la seva aplicació en les entitats locals, malgrat que la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat s'ha pronunciat sobre la mateixa, a tall d'exemple reproduïm un fragment del treball “Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor” del Doctor en dret José Manuel Martínez Fernández, publicat a l'Observatori de Contractació Pública:

“Esta previsión del párrafo tercero del artículo 326.5 es especialmente importante para garantizar la imparcialidad de la mesa. Supone terminar con una actuación nada infrecuente en las Entidades Locales (EELL), donde una misma persona (en ocasiones ni siquiera empleado público), redacta el pliego de prescripciones técnicas; interviene activamente (excediéndose de sus funciones no pocas veces) en el establecimiento de los criterios de valoración; hace el informe de valoración de las ofertas; y es el responsable del control de la ejecución (coloquialmente, «Juan Palomo»). Esta concentración de poder puede limitar la imparcialidad en la gestión de un contrato, y queda postergada expresamente también en las Juntas de Contratación (art. 323.4) y Comité de expertos que constituyan las EELL (DA 2ª.8). Por ello la remisión a las salvedades que se establezcan en la DA.2ª a que alude el artículo 326.4 se ha tener por no puesta, puesto que no solo es contraria al objetivo del precepto, sino que fue introducida por una enmienda que no incluyó ninguna salvedad expresa para las EELL, donde además expresamente se rechaza en órganos que han de emitir informes de manera colegiada.”

Altres autors justifiquen que no resulta d'aplicació l'art. 326.5 LCSL atès que “muy probablemente por la evidente limitación en plantilla de personal en estas

Administraciones, a lo que atiende el legislador". Però aquesta limitació no pot operar en ajuntaments de gran població com el de Barcelona.

RECOMANA

Que atenent a l'esperit i l'objectiu que persegueix l'art. 326.5 de la LCSP, a la dimensió organitzativa d'un ajuntament com és el de Barcelona, i a l'existència d'un evident risc de conflicte d'interès, es recomana la limitació per ser membres de la mesa de contractació d'aquelles persones que han intervingut en la redacció de la documentació tècnica, recomanant novament que es deixi constància en l'expedient de contractació de quines han sigut els membres del seu personal (intern o extern) que han participat efectivament en la redacció dels plecs tècnics i qualsevol altra documentació tècnica, per garantir i enfortir la transparència i la seguretat jurídica en la contractació pública.

DELEGACIÓ DEL MEMBRE DE LA MESA D'ADJUDICACIÓ

La resolució del conseller delegat de la societat municipal nomena les persones membres de la mesa d'adjudicació del procediment obert per l'adjudicació del contracte d'obres. En concret, la resolució designa com a vocal al gerent adjunt XXX, *o persona en qui delegui*, sense identificar aquesta persona o càrrec.

El gerent adjunt XXX Barcelona, i vocal de la mesa, mitjançant escrit de data XXX delega l'exercici de les seves funcions en el Sr. XXX, Director General de la societat, i també president de la Mesa.

El fet que, en la perspectiva de la Llei de l'Obra Pública, l'Ajuntament de Barcelona gaudeixi de la condició de promotor de l'obra pública (art. 5.2.a) i que s'hi estableixi que el promotor de l'obra sempre hi ha de tenir representació si el gestor fa la contractació (art. 32.3.a), planteja si és admissible jurídicament la possibilitat que precisament aquest vocal pugui delegar la seva assistència en les sessions que desplegui la mesa de contractació, en particular pel risc que hi ha de trencament del principi de competència de l'òrgan de contractació.

A més el Gerent Adjunt XXX té una relació contractual amb l'Ajuntament de Barcelona i no amb la societat, fet que fa que qualsevol decisió de delegació de les seves funcions hagi de recaure en posicions amb competències que puguin ser assumides i que no es donarien en treballadors aliens a l'Ajuntament, ja que estarien subjectes a un règim jurídic diferent.

Segons l'informe jurídic emès hi ha arguments per considerar la possibilitat de la delegació: primerament, el tenor literal de la LOP fixa com a necessari que el

promotor tingui representació en la composició de la mesa, cosa que es produeix en l'acte de nomenament; segonament, la LOP no prohibeix la delegació, atès que aquesta institució precisament té una finalitat d'assegurar l'eficiència dels òrgans col·legiats; i tercerament, la pròpia resolució de nomenament dels membres permet que els vocals puguin delegar l'assistència i no en predetermina un o una suplent.

A part de l'anterior, segons l'informe jurídic hi ha un últim argument per justificar que en aquest cas no hi hagut infracció de la LOP, ja que el seu article 32.3.b prescriu que el que estableix la lletra a no és aplicable en el cas que l'òrgan de contractació sigui un òrgan col·legiat del qual formi part el promotor.

Es planteja finalment si hi ha algun element controvertible en el fet que en la reunió de la mesa de contractació, en la qual precisament s'articula la proposta d'adjudicació del contracte, hi assisteixi la persona designada com a vocal que és representant de l'Ajuntament de Barcelona. D'acord amb l'informe jurídic no s'observa cap motiu d'infracció en aquest cas, tot el contrari, ja que precisament el vocal el que fa és assistir a la reunió, complint amb el nomenament rebut, fent innecessària qualsevol delegació o suplència.

Però sense perjudici del criteri exposat a l'informe jurídic, vinculat al compliment de la literalitat del marc normatiu aplicable, creiem pertinent i necessari esmentar la doctrina en matèria de contractació pública sobre com articular la composició de les meses de contractació i les seves suplències.

En aquest sentit, l'Informe de 5/2001 de 2 de febrer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, manifesta:

“(...) Es una práctica, relativamente frecuente, que los miembros designados para una Mesa de contratación no puedan asistir y deleguen personalmente o nombran sustitutos de facto. Sin embargo, dicha delegación o substitució quiebra el principio de competencia de quien, legalmente, debe designar a los miembros de la Mesa, es decir, el órgano de contratación, que es al que la norma le atribuye la competencia para su nombramiento.

De ahí que, en la Recomendación 3/2003, de 21 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, se entendiese que no es procedente en estos supuestos la utilización de la figura jurídica de la delegación. Si la persona designada como presidente de la Mesa de contratación, o miembro de la misma, no puede desempeñarse el ejercicio de esa función, el órgano de contratación debe realizar una nueva designación. El órgano de contratación, si lo considera procedente, para evitar recurrir a nuevas designaciones de carácter incidental, puede

nombrar suplentes, en previsión de que las funciones del presidente, o de los restantes miembros, no puedan ser ejercidas por los titulares designados.

Esta consideración trae causa de la aplicación supletoria de las normas de régimen jurídico de las Administraciones Públicas previsto en la LRJ- PAC , a tenor de lo previsto en la Disposición final octava LCSP. En este sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 17/2000, de 6 de julio, tiene manifestado que “ los vocales designados podrán ser sustituidos en casos de ausencia, enfermedad, o en general cuando concurra causa justificada, por sus suplentes, si los hubiera, extremo este que en el ámbito de las competencias del órgano de contratación deben ser decididas por el órgano de contratación que ha de ejercer las competencias de designación.

Es decir, la Ley exige que la designación la realice el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa, en función de suplencias o delegaciones por partes de los que fueron nombrados, al margen de la voluntad del órgano de contratación.

Parece oportuno, no obstante, diferenciar entre sustitución y suplencia , con el fin de evitar la confusión entre ambos conceptos. Confusión que deriva de la propia dicción del artículo 24 LRJ- PAC, que se traslada al artículo 27.3 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón.

La sustitución comprende los cambios en los sujetos miembros del órgano colegiado a consecuencia de la pérdida de tal condición, en cambio, la suplencia hace referencia a la variación concreta y determinada para alguna sesión del miembro que es titular por otro sujeto distinto. Es decir, la suplencia es una sustitución coyuntural del miembro titular. Y, como señala la STSJ de Madrid de 25 de octubre de 1996- en relación con un tribunal de selección de personal- resulta indiferente que las distintas sesiones de un órgano colegiado se celebren con la asistencia de los titulares o de los suplentes (en el mismo sentido la STSJ de Castilla León de 17 de octubre de 2008).

El dilema surge cuando no existe previsión específica en las normas que regulan el funcionamiento del órgano colegiado, en cuanto a la suplencia de sus miembros. De ahí, la necesidad, por parte del órgano de contratación, de nombrar titulares y suplentes a la hora de determinar la composición de las Mesas de contratación."

I en la conclusió tercera d'aquest informe s'indica que: "...La designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución

de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación....”

També, en l'informe 3/2008, de 7 de juliol, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya. Assumpte: Composició i funcionament de les meses de contractació.

A la consideració jurídica segona manifesta el següent: “Ara bé, la mesa de contractació, amb la finalitat de poder seleccionar amb objectivitat i imparcialitat la millor oferta i motivar-ne la decisió, té una composició que respon a la d'un òrgan independent i integrat per una majoria de persones amb qualificació tècnica i que, a més, han de gaudir d'independència respecte de l'òrgan de contractació per tal de garantir aquella objectivitat i imparcialitat”.

La Junta Consultiva considera que la constitució de Meses de contractació per l'Entitat Pública, com a poder adjudicador, no Administració pública, es potestativa. No obstant això, una adequada garantia dels principis d'objectivitat i transparència en la selecció de l'oferta econòmica més avantatjosa, que l'article 1 LCSP exigeix salvaguardar en tota la contractació del sector públic, aconsella l'establiment, en els subjectes a regularització harmonitzada, d'un òrgan de valoració que s'encarregui de qualificar la documentació presentada, valorar les ofertes, i elevar una proposta d'adjudicació a l'òrgan de contractació, sent aconsellable que la seva composició s'inspiri, en la mesura de lo possible i amb les adaptacions que resultin necessàries, en el que disposa l'article 295.3 LCSP.

En aquesta línia, el mateix Tribunal Suprem ha manifestat que la configuració de la mesa de contractació com a òrgan de caràcter tècnic resulta tant de les funcions que se li encomanen com de la seva composició, en tant que la normativa de contractes estableix l'exigència que entre els vocals figuri un funcionari o funcionaria que tingui atribuït l'assessorament jurídic de l'òrgan de contractació i un interventor o interventora. Més específicament, el Tribunal Suprem ha afirmat que “la intervenció de la Mesa de contractació en el procediment afecta de manera fonamental a la formació de la voluntat de l'òrgan de contractació, en tant que la proposta inclou la valoració de les proposicions dels licitadors i, tot i que no tingui caràcter vinculant, constitueix la motivació fonamental de la resolució d'adjudicació quan s'acomoda a la proposta i, en cas contrari, exigeix una motivació específica que justifiqui la raó de l'adjudicació no conforme amb la proposta (Sentència de 3 de novembre de 2004 (RJ 2004/7222)).

La doctrina ha analitzat diferents aspectes substantius i processals amb especial referència a les exigències derivades del dret de la Unió Europea i ha incidit en què:

“las mesas de contratación deberían estar formadas por miembros especializados e independientes, cualidades que no siempre se dan, y la necesidad de despolitizar dichas mesas de contratación, pues el informe de valoración de las ofertas es determinante en la adjudicación de los contratos y debe ser realizado por personas expertas en la materia que se pretende contratar, con unos conocimientos básicos de la legislación en materia de contratos que les permitan aplicar correctamente los criterios de adjudicación determinados en los pliegos y, sobre todo, que sean independientes, para evitar con todo ello que, precisamente, se pueda influenciar en la adjudicación de contratos públicos²⁵”.

RECOMANA

La possibilitat de que els plecs continguin els titulars i suplents de les Meses de contractació per una major transparència i seguretat jurídica atenent que la decisió de la Mesa de contractació afecta de forma concloent la motivació fonamental de la resolució d'adjudicació.

També es recomana la valoració de mantenir la presència de l'Ajuntament com a promotor a la mesa, amb un representant amb expertesa, que vetlli per garantir interessos de l'Ajuntament de Barcelona de l'adequació de l'execució de l'obra amb allò aprovat al projecte.

VALORACIÓ DELS CRITERIS QUE DEPENEN D'UN JUDICI DE VALOR

L'article 150.2, segon paràgraf, del TRLCSP prescriu que, quan en una licitació que se segueixi per un procediment obert s'atribueixi als criteris avaluable de forma automàtica per aplicació de fórmules una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació dels quals depengui d'un judici de valor (també anomenats *subjectius*), cal constituir un **comitè d'experts** no integrats en l'òrgan que proposi l'adjudicació del contracte i amb qualificació apropiada per fer aquesta avaluació o encomanar-la a un organisme tècnic especialitzat, degudament identificat en el plec.

En el cas que ens ocupa, la valoració del criteris que depenen d'un judici de valor no l'ha fet un comitè d'experts. En aquest punt, però, l'informe jurídic manifesta que s'ha d'imposar l'aplicació estricta del règim jurídic peculiar que tenen els contractes

²⁵ Teresa Moreo Marroig (Interventora delegada de la Intervención General de Baleares) y publicado en la colección de Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial

subjectes a una regulació harmonitzada adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques: en efecte, l'article 190.1.a TRLCSP expressament estipula que en aquests contractes no és d'aplicació, entre altres, la norma continguda a l'article 150.2, segon paràgraf, relativa a la intervenció del comitè d'experts per avaluar els criteris subjectius.

Per tot això, el fet que, en el procediment d'adjudicació del contracte d'obres, l'avaluació dels criteris que depenen d'un judici de valor s'hagi fet no per un comitè d'experts aliens a la mesa de contractació, sinó per tècnics, un dels quals n'és precisament un dels membres, a parer de l'informe jurídic referenciat, no constitueix una infracció del TRLCSP.

Nogensmenys, considerem pertinent i oportú esmentar algunes de les asseveracions efectuades pel Dictamen del Consejo de Estado, quan va informar sobre l'avantprojecte de la Llei 13/1995 de 18 de maig de Contratos de las Administraciones Públicas, on expressava la necessitat de l'aplicació dels principis constitucionals que caracteritzen l'Administració Pública en l'actuació de les entitats públiques sotmeses en l'actuació al dret privat, establint la necessària vinculació d'aquestes entitats als principis de Dret públic. En concret, afirmava: *"...entre ellos se encuentran, por sólo nombrar algunos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art 9.3 in fine CE) y el principio de objetividad en el servicio de los intereses públicos (art.103 CE) con todos los corolarios que de ellos se derivan (mérito, capacidad, publicidad, transparencia), así como por supuesto, el principio mismo de legalidad y respecto a los derechos fundamentales. Continúa el Dictamen afirmando que estos principios no están limitados a la actuación de la administración pública en régimen de derecho público, sino que se extiende con idéntica fuerza vinculante al caso de sometimiento al Derecho privado"*.

En aquest sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Valencia, a la sentència 4754, de 16 de juny de 2017, determina que l'article 150.2 del TRLCSP ha establert la prohibició de que aquelles persones que han de realitzar l'avaluació de les ofertes formin part de l'òrgan proponent del contracte, incompatibilitat que, per la seva finalitat, ha d'aplicar-se no només als membres del comitè, sinó a tots aquells que vagin a realitzar una avaluació d'ofertes, incloent-se els membres de la mesa de contractació, segons es desprèn de la incompatibilitat imposada pel citat article.

També reproduïm el criteri establert per l'Audiència Nacional i recollit a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana de 16 de juny de 2017 número 4754/27 que reproduïx el criteri de l'Audiència Nacional que estableix que encara que no procedeix la constitució d'un comitè d'avaluació, el tècnic informant/avaluador no pot formar part de la taula de contractació, malgrat que l'expedient objecte de contractació sigui d'un poder adjudicador no administració

pública: Criterio de la Audiencia Nacional: “Según el apartado 150.2. del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público establece: (...) Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.”. “De esta norma es forzoso traer a colación la prohibición de que aquellas personas que deben realizar la evaluación de las ofertas formen parte del órgano proponente del contrato; incompatibilidad que, por su finalidad, debe aplicarse no solo a los miembros del comité, sino a todos aquellos que vayan a realizar una evaluación de las ofertas. Como quiera que en el presente caso el ingeniero municipal fue la persona que informó y evaluó técnicamente las propuestas de los licitadores, asimismo formó parte de la Mesa de contratación, se incurrió en la incompatibilidad contemplada en el transcrito precepto...”

En la línia dels principis que cita el Dictamen del Consell d'Estat, d'aplicació també als contractes adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques i atenent als arguments jurisprudencials citats que motiven la incompatibilitat, tot i la literalitat del marc normatiu que no obligaria, semblaria convenient, més en contractes de la complexitat tècnica que ens ocupa, mantenir la intervenció col·legiada del comitè d'experts, no membres de la mesa de contractació, per avaluar els criteris subjectius, quan tenen assignada una puntuació superior a la corresponent als criteris evaluables de forma automàtica.

Altrament, la vigent Llei de la contractació del sector públic en l'article 326.5 LCSP estableix que no podrà formar part de las Meses de contractació el personal que hagi participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte que es tracti, amb l'excepció de la Disposició Addicional 2 en el seu apartat 7 que si ho permet per aquest cas concret la doctrina majoritària entén que aquesta limitació opera en les Entitats Locals per l'evident limitació en la seva plantilla.

Entenem que no es el cas que ens ocupa, ja que la dimensió i la complexitat de les obres requereix un compliment molt curós per mantenir la competència real del mercat i perquè que sigui eficient la gestió dels recursos públics.

I aquesta línia d'argumentació queda reforçada per les previsions de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes de Sector Públic, al deduir-se dels seus preceptes la voluntat inequívoca del legislador de restringir la participació en la mesa de contractació, del personal que hagi participat en la redacció de qualsevol documentació tècnica del contracte, la que afecta a aspectes tècnics del contracte,

representada normalment però no únicament en el plec de prescripcions tècniques. Aquesta elaboració impedeix a qui ha participat en formar part d'un òrgan com la mesa de contractació, òrgan que ostenta importants funcions en el procediment de selecció del contractista.

Són totes aquestes previsions per afavorir la transparència de la contractació pública i evitar els conflictes d'interessos en l'actuació de membres de la mesa.

RECOMANA

Respecte a l'Informe tècnic dels criteris que depenen d'un judici de valor, emès per membres de la mesa, no aliens, la primera persona que signa l'anàlisi d'ofertes és alhora membre de la mesa de contractació. En la línia dels principis que cita el Consell d'Estat, i s'ha pronunciat jurisprudència i doctrina, d'aplicació també als contractes adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques, tot i la literalitat del marc normatiu que no obligaria, semblaria convenient, més en contractes de la complexitat tècnica que ens ocupa, mantenir la intervenció col·legiada del comitè d'experts, no membres de la mesa de contractació, per avaluar els criteris subjectius, quan tenen assignada una puntuació superior a la corresponent als criteris avaluable de forma automàtica.

FORMULES PER LA VALORACIO DEL PREU

El Tribunal de Cuentas en el seu informe de fiscalització de la contractació celebrada per les Entitats Locals de les Comunitats Autònomes sense OCEX propi, període 2013-2014, indica el següent: *“Ponderación de los criterios de adjudicación: las formulas. Los criterios de adjudicación deben estar definidos y ser conocidos por los licitadores, siendo necesario que, cuando se emplee una fórmula matemática, todos los elementos de la misma estén delimitados, de modo que no exista margen para la discrecionalidad técnica.*

El artículo 150 del TRLCSP distingue entre los criterios de adjudicación que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las formulas establecidas en el PCAP y aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor. El conocimiento de la fórmula y de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación que es utilizada por el órgano de contratación al valorar las ofertas es un elemento decisivo que debe conocer el licitador en el momento de preparar la oferta, puesto que esta última puede variar en función del sistema de reparto previsto. La legislación de contratos del sector público, en consonancia con las Directivas europeas, exige que los criterios de valoración de las ofertas están debidamente definidos, tengan relación con el objeto del contrato, sean suficientemente conocidos por los licitadores y que se apliquen por igual a todos ellos. Esta exigencia se manifiesta en mayor medida en la evaluación que se realiza

mediante fórmula matemática, en la que todos los elementos deben estar perfectamente delimitados en la fórmula que se ha de aplicar, de modo que no exista el margen de discrecionalidad técnica que dispone el órgano de contratación en la evaluación sujeta a un juicio de valor. El desconocimiento de la fórmula matemática o de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación genera indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto estos, a la vista de los pliegos, no pueden conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación tendrá en cuenta para la valoración de sus ofertas.”

RECOMANA

Que la formula utilitzada per la societat municipal per a la valoració del preu i dels criteris automàtics desincentiva les baixes i incrementa l'àmbit de discrecionalitat de l'òrgan de contractació, tal i com s'ha pronunciat la Intervenció General.

RECOMANA

Que el criteri de “baixa sobre possibles modificacions” no pot ser un criteri a tenir en compte en les licitacions, ja que la modificació contractual és una facultat pròpia de l'òrgan de contractació, no disponible, a banda de la poca incidència que pot acabar tenint en l'execució del contracte, si aquest no acaba modificant-se.

RÈGIM I PROCEDIMENT DE JUSTIFICACIÓ DE LES BAIXES DESPROPORCIONALS O ANORMALS

El règim jurídic de les ofertes amb valors anormals o desproporcionats (antigament conegudes com *baixes temeràries*) en els contractes subjectes a una regulació harmonitzada adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques també es concreta a l'article 190.1.a TRLCSP, el qual expressament estipula que en aquests contractes no és d'aplicació, entre altres, les normes contingudes als apartats 1 i 2 de l'article 152. A *contrario sensu*, sí resulten d'aplicació els seus apartats 3 i 4.

És l'article 1 i 2 de l'art.152 TRLCSP el que converteix la fixació de paràmetres per determinar si l'oferta és anormal o desproporcionada és facultativa per a l'òrgan de contractació quan per a l'adjudicació s'hagi de considerar més d'un criteri de valoració, i no únicament el preu. Aquest criteri és seguit per la resolució nº 7/2015TCCSP (Tribunal Català de Contractes del Sector Públic), que estableix que és una potestat de l'òrgan de contractació la de perfilar en la contractació si hi hauran possibles preus anormals o no, i que pot optar per no establir cap paràmetre per

apreciar si una oferta pot ser considerada com anormal o desproporcionada: “no és, per tant, el legislador qui determina, amb caràcter general, quins són els criteris objectius d’acord amb els quals ha d’apreciar-se en una determinada licitació si una oferta s’ha de considerar “anormal o desproporcionada”, sinó que són els plecs que regeixen cada licitació, en particular, els que fixen (si l’òrgan de contractació així ho considera oportú) quins són, si escauen, aquests criteris”

En conseqüència, el plec ha de ser el que fixi, si es cau, els paràmetres objectius que determinin la anormalitat de les ofertes, i aquest pot establir fórmules que, considerant totes les ofertes, exclogui del càlcul aquelles que desvirtuen el llindar per la seva disparitat, tal com estableix l’informe nº11/2014 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d’Aragó. En aquest sentit, els paràmetres objectius que determinaran el caràcter desproporcionat de les ofertes poden establir-se pels òrgans de contractació tenint en compte variables estadístiques diferents de la mitjana aritmètica.

Es recomana però, tal com s’han pronunciat reiteradament el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, i la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència, definir la desviació de baixa amb percentatges més elevats per incentivar les empreses a oferir condicions més avantatjoses.

Per cada tipus de contracte es pot aconsellar la formulació d’uns paràmetres objectius que comportin la qualificació d’ofertes anormalment baixes diferents, i exigirà, en cada cas concret, un adequat coneixement de la situació del mercat provisorï de la situació econòmica general en el moment de la licitació. No obstant, la superació d’aquests límits (presumpció de temeritat) no permet excloure de manera automàtica les proposicions, sinó que en aquests casos cal donar audiència al licitador a fi que aquest pugui justificar la seva proposició (Resolució nº149/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales TACRC, de 19 de febrer).

En aquesta línia l’apartat 3 de l’article 152 TRLCSP disposa que quan s’identifiqui una proposició que pugui ser considerada desproporcionada cal (1) atorgar una audiència a l’empresa licitadora corresponent perquè justifiqui la valoració de la seva oferta i en precisi les condicions i (2) sol·licitar-se l’assessorament tècnic del servei corresponent. Per contra, no s’estableix qui ha de conferir el tràmit d’audiència ni el seu termini. Tenint en compte que es tracta d’un acte de tràmit relacionat amb la valoració de les ofertes (art. 320.1 TRLCSP), cal concloure que la mesa de contractació és competent per fer el requeriment esmentat a les empreses que hagin presentat una oferta presumptament desproporcionada i, en representació seva, la persona que ocupa la secretaria.

Per tant si la justificació es considera insuficient, el TRLCSP no estableix que s'hagi de fer un nou requeriment, tot i que no sembla que estigui proscribida la possibilitat de sol·licitar algun aclariment concret de la justificació, amb coneixement de la resta de competidors, a petició de la mesa de contractació o eventualment de l'òrgan de contractació mateix. Però aquest fet depèn de la potestat de l'òrgan d'assistència (mesa) o del de contractació, ja que feta la justificació i a la vista de l'assessorament tècnic corresponent es pot entendre tot això com a suficient, com acomplert el tràmit, d'acord amb la llei, per elevar una proposta o per resoldre sobre l'adjudicació del contracte, respectivament

Al marge del compliment normatiu i d'aplicació del procediment contradictori per a dirimir si una oferta està incursa en baixa temerària, el principi de bona administració i bones pràctiques hagués requerit d'una major motivació en la decisió contractual. El TS lliga el dret a una bona administració amb l'obligació administrativa de motivar, així la STS de 15/10/2010 (JUR\2010\366859) assenyalava:

“(...) El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sumisión plena a la Ley y al derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por la tribunales del contencioso-administrativo. El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103, al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004.

El deber de motivación de las administraciones públicas se conecta con el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.»

RECOMANA

En relació al règim i procediment de justificació de les baixes desproporcionades o anormals, que la regulació establerta per l'empresa municipal en l'anàlisi de les baixes temeràries ha estat reiteradament posat de manifest per la Intervenció General, en els controls financers efectuats a l'empresa municipal.

Es recomana tal com s'han pronunciat reiteradament el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, i la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència, definir la desviació de baixa amb percentatges més elevats per incentivar les empreses a oferir condicions més avantatjoses.

APROVACIÓ DEL PROJECTE EXECUTIU AMB POSTERIORITAT A L'INICI DE LA TRAMITACIÓ DE L'EXPEDIENT D'EXECUCIÓ DE LES OBRES.

L'article 125 del RGLCAP estableix que els projectes han de referir-se a obres completes i susceptibles de ser entregades a l'ús general o al servei corresponent i han de comprendre tots i cadascun dels elements precisos per la utilització de l'obra. No obstant, quan es tracti d'obres que per la seva naturalesa o complexitat necessitin de l'elaboració de dos o més projectes específics o complementaris, la part de l'obra a que es refereixi cadascun d'ells serà susceptible de contractació independent, sempre que el conjunt dels contractes figuri en un pla de contractació plurianual.

RECOMANA

Que malgrat el que disposa l'art 125 del RGLCAP caldria avaluar la incidència que, en el cas concret que ens ocupa, ha pogut tenir en l'execució de l'obra la circumstància d'haver iniciat la contractació de l'execució abans de disposar de l'aprovació definitiva del projecte executiu.

ERROR EN LA LECTURA DE LES PROPOSTES EN L'OBERTURA DEL SOBRE DE L'OFERTA ECONÒMICA. RECTIFICACIÓ D'ERRORS.

En relació a l'expedient de contractació, consta un error en la lectura de les propostes en la obertura del sobre 2, es va emetre un aclariment per part del Departament de XXXX del Districte sobre l'acta de la sessió que la Mesa de Contractació va portar a terme el passat XXX de XXX de 2017.

L'acte d'apertura de l'oferta econòmica s'efectua en acte públic, aquest acte té dues finalitats:

- Garantir que es compleixi la regla bàsica del caràcter secret de les proposicions fins el moment de l'obertura dels sobres. Els licitadors poden comprovar la integritat dels sobres presentats fins el moment de la seva apertura, descartant així la possible sospita de "manipulació" dels mateixos per l'Administració contractant.
- Permet que els licitadors coneguin, de forma simultània, quina ha sigut l'oferta proposada per cadascuna d'elles.

La rectificació d'errors en els actes administratius està regulat en l'article 109 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques. L'Administració ha de rectificar els errors acreditats que continguin els seus actes. La rectificació podrà ser d'ofici o a instància dels interessats. Cal que siguin errors de fet i aritmètics i poden rectificar-se en qualsevol moment. La rectificació d'errors no pot implicar una revisió d'ofici o una revocació encoberta, per la qual cosa no pot versar sobre el supòsit d'errors en valoracions o qualificacions jurídiques, sinó en errors de fet o aritmètics.

Dit això, un cop detectat per la Mesa l'error de lectura que es va produir en el moment de la lectura de la proposició econòmica d'un dels licitadors, es va actuar amb la diligència deguda atès que es va notificar amb el trasllat de l'acta de la Mesa de contractació mitjançant correu electrònic, a fi de garantir que tots els membres de la Mesa com els licitadors ho rebien ja que no hi havia la seguretat que tothom estigués donat d'alta en el perfil del contractant i es va informar de la possibilitat de tenir vista de l'expedient a fi de poder comprovar la veracitat de l'error de la lectura de la proposició econòmica.

RECOMANA

Que no existeixen indicis que l'actuació de la Mesa no actués dins de la legalitat vigent i a les bones pràctiques. Així mateix, la decisió adoptada ha estat coherent amb la pràctica administrativa, al respectar les expectatives legítimes i raonables que podien tenir envers aquesta actuació, en concret, en oferir la seguretat jurídica requerida en tot procés de contractació administrativa.

Tampoc consta en les actuacions examinades que s'hagi interposat cap demanda judicial contra la desestimació dels recursos de reposició interposats contra la resolució de proposta d'adjudicació d'aquesta contractació i sobre el contingut

INEXISTÈNCIA DE REGISTRE D'ENTRADA I SORTIDA DE DOCUMENTS DELS EXPEDIENTS ADMINISTRATIUS DE CONTRACTACIÓ

La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, regulava, en l'article 38 i en l'article 16 de la vigent Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, la necessària existència d'un registre general d'entrada i sortides d'escrits, sol·licituds i comunicacions en els òrgans administratius.

En la documentació aportada per part de l'empresa en els expedients objecte d'aquest anàlisi no consta cap certificat de registre amb especificacions de la data i l'hora de l'entrada de les pliques i altra documentació per part dels licitadors. Cas de confirmar aquest extrem, l'incompliment d'aquest requisit podria comportar la possible nul·litat de les actuacions per manca de garanties procedimentals i de control i verificació.

En aquest sentit, la Resolució número 5/2018 de 31 de gener de 2018 del Tribunal Català del Sector Públic, en el fonament jurídic vuitè, indica que la disposició addicional setzena del TRLCSP, relativa a l'ús dels mitjans electrònics, informàtics i telemàtics en els procediments previstos per aquesta llei, estableix que la utilització d'aquests mitjans s'haurà d'ajustar a les normes que estableix. En especial, cal tenir en compte que aquesta disposició exigeix que les aplicacions que s'utilitzin per efectuar les comunicacions, notificacions i lliuraments documentals entre el licitador o contractista i l'òrgan de contractació han de poder acreditar la data, l'hora de l'emissió o recepció, la integritat del contingut i el remitent o destinatari d'aquestes.

“e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su misión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación.”

La mateixa resolució en el seu fonament jurídic onzè diu: *“De resultes de l'anterior, la vulneració del PCAP, la defensa del principi de tutela efectiva, l'exigència de la necessària existència bona fe i confiança legítima que ha de presidir les comunicacions dels poders adjudicadors...”*.

L'apartat 1 de l'article 22 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, en referència als mitjans de comunicació electrònics, preveu: *"1. Los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por los medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación"*.

El paràgraf 2 d'aquest precepte preveu, com a excepció, la possibilitat de procedir a una comunicació oral, sempre que no es tracti de cap element essencial d'un procediment de licitació, i fa referència explícita a: plecs de contractació, sol·licituds de participació, confirmacions d'interès i ofertes. Al respecte s'exigeix que les comunicacions orals amb els licitadors que puguin incidir substancialment en el contingut i l'avaluació de les ofertes estaran documentades de manera suficient i a través dels mitjans adequats com els arxius o resums sonors dels principals elements de la comunicació.

Val a dir que les previsions de la Directiva han quedat recollides en la disposició addicional 15 *"Normes relatives als mitjans de comunicació utilitzables en els procediments regulats en aquesta llei"* de la nova Llei 9/2017, de 9 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.

RECOMANA

Que la falta reiterada del control d'entrada i sortida dels documents dels expedients de contractació analitzats, i en concret, de les pliques d'aquests procediments, comporta vicis d'actes dictats prescindint del procediment legalment establert o de les regles especials per la formació de la voluntat dels òrgans col·legiats que poden dur la nul·litat de ple dret de la seva tramitació, i implica fugir de la rigorositat necessària per no trencar el principi de legalitat i seguretat jurídica que ha de complir la contractació pública.

EXISTÈNCIA D'EMPRESES VINCULADES

En relació a la regulació d'empreses vinculades, l'art. 145.4 del Reial Decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre considera que per ser considerades empreses vinculades cal estar a allò previst en l'art. 42 del Codi Comerç:

- a) Disposar de la majoria dels drets de vot
- b) Tenir la facultat de nomenar o destituir a la majoria dels membres de l'òrgan d'administració
- c) Possibilitat de disposar, en virtut d'acords celebrats amb tercers, de la majoria dels drets de vot
- d) Designació amb els seus vots a la majoria dels membres de l'òrgan d'administració, que desenvolupen el seu càrrec en el moment en què hagin de formular les comptes consolidades i durant els dos exercicis immediatament anteriors.

En el cas d'empreses vinculades, pels contractes de concessió d'obra pública, la presentació de proposicions diferents per empreses vinculades suposa l'exclusió del procediment d'adjudicació, a tots els efectes, de les ofertes formulades. Per els altres contractes, produeix els efectes que es determinin reglamentàriament en relació amb l'aplicació del règim d'ofertes amb valors anormals o desproporcionats.

RECOMANA

Atès l'obligació establerta en l'art. 63 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, de publicar el nombre i la identitat dels licitadors participants en el procediment en el perfil del contractant, procedeix recomanar a l'Ajuntament que es doti d'un instrument eficaç per poder analitzar l'actuació de les empreses licitadores front la contractació pública municipal amb l'objectiu d'identificar possibles irregularitats o maniobres de competència deslleial de les empreses vinculades.

IV. FASE D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

SEGUIMENT DE LA CORRECTA EXECUCIÓ DE LA CONTRACTACIÓ

Cada fase de l'iter procedimental de la contractació (preparació, adjudicació i execució) ha de ser regida pel principi de la transparència, entesa des de la seva

doble vessant: a) interna, com a principi bàsic de la contractació pública, implica els principis de publicitat, igualtat de tracte i objectivitat; i b) externa, com un sistema d'accés a la informació dels ciutadans mitjançant la publicació de les dades dels contractes.

Però en la contractació administrativa, cal emfatitzar que la fase de l'execució del contracte és la més rellevant del contracte, és on radica el compliment de les finalitats públiques que es pretenen satisfer, on es garanteix l'eficiència de la despesa pública, i on es permet controlar i avaluar adequadament la gestió de la contractació pública, així com la materialització dels principis que l'han d'inspirar, i moltes vegades les més oblidades de supervisió per part de l'Administració pública contractant.

És en aquesta fase on s'ha d'exigir el compliment material, rigorós i efectiu del contracte, mitjançant:

- Establiment i precisió en els plecs les condicions de l'execució així com els drets i obligacions de les parts durant l'execució i extinció del contracte, de compliment obligatori i vinculant per les dues parts.
- Establiment i precisió en els plecs de mecanismes efectius per reaccionar contra l'incompliment de l'adjudicatari, amb el seu correlatiu sistema de penalitzacions, tipificació concreta i procediment administratiu.
- Enfortir els sistemes de control periòdic i material del compliment de les obligacions establertes en els plecs per part de l'adjudicatari.
- En cas de detecció d'un incompliment de les obligacions establertes, activar els mecanismes establerts per exigir les responsabilitats necessàries, si s'escau aplicar les sancions que procedeixin per tal d'assegurar el compliment del contracte.

RECOMANA

L'òrgan gestor de la Bústia ètica ha recomanat en les diverses comunicacions respecte el seguiment de l'execució del contracte:

- Cal incidir en que la finalitat de la contractació pública és la realització efectiva de les activitats i serveis que es demanden, per aquesta raó és essencial la seva correcta execució i el compliment de les clàusules dels plecs de condicions administratives i tècniques, i més en l'àmbit tant



sensible com és l'existència de menors estrangers sense referents familiars.

- Es recomana que es reforcin les mesures necessàries per garantir un control real, operatiu i eficient de l'execució dels contractes, de la materialització del seu “*buen fin*” i de que la necessitat que es tracta d'atendre sigui efectiva tal i com s'ha plantejat i justificat en la preparació del contracte. Destacant en aquest punt l'evolució de figures com la del responsable del contracte la designació del qual pels òrgans de contractació ha passat de ser potestativa (article 52 del TRLCSP) a obligatòria a la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic (art 62 LCSP).

- S'emfatitza que en cas de detecció d'incompliment de les obligacions establertes en els plecs, s'han d'activar els mecanismes corresponents per exigir a les empreses adjudicatàries el compliment de les obligacions assumides, i a efectes de prevenir les possibles responsabilitats que podria incórrer l'Ajuntament per fets causats arrel d'infraccions

- Revisió efectiva la documentació preventiva i preceptiva que han de facilitar les empreses adjudicatàries per exigència de la normativa de prevenció de riscos laborals i dels plecs, exigint que aquesta sigui lliurada de forma complerta i íntegra.

- Per millorar l'agilitat de revisió de la documentació lliurada per les empreses adjudicatàries, establir un sistema d'ordenació de la documentació preventiva per cada treballador/a, amb l'existència d'una traçabilitat dels registres exigits per la normativa preventiva, entre d'altres: informació dels riscos, formació dels riscos, lliurament dels EPIS, acceptació o renúncia dels exàmens mèdics.

- Recomanar a les empreses adjudicatàries que, per garantir l'execució del contracte en les condicions d'excel·lència que exigeix la naturalesa del servei públic que està cobrint, i el perfil dels usuaris d'aquell, que perfeccionin els seus protocols de comunicació de riscos o d'altres mecanismes que compleixen amb la mateixa funció, en cas que no es disposi.

RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA O SUBSIDIÀRIA DE L'ADMINISTRACIÓ PER INCOMPLIMENTS DEL CONTRACTISTA EN MATÈRIA SOCIOLABORAL I DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS

A la clàusula del plec de prescripcions tècniques particulars que estableix que:
“L'adjudicatària és la responsable del compliment de totes les disposicions vigents en matèria

laboral, de Seguretat Social, seguretat i salut, i de prevenció de riscos laborals que siguin d'aplicació", cal advertir a l'òrgan de contractació que aquest clausulat no li descarrega del risc d'incórrer en responsabilitat solidària pels incompliments del contractista en matèria sociolaboral i de prevenció de riscos laborals.

En aquest sentit, cal remetre'ns a l'art. 42.2 del Reial Decret Legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors que regula:

"2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo."

La responsabilitat solidària del contractista principal també és recollida en l'art. 168.1 del Reial Decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para las contratas y subcontratas de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante, cuando un empresario haya sido declarado responsable, en todo o en parte, del pago de una prestación, a tenor de lo previsto en el artículo anterior, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el propietario de esta responderá de las obligaciones del empresario si el mismo fuese declarado insolvente."

La controvèrsia que podria existir seria si l'Ajuntament que adjudica un contracte reuneix o no la condició d'empresari principal als efectes establerts en la normativa d'aplicació. Al respecte, el Tribunal Suprem ha precisat l'abast del termini "empresari" a aquests efectes, incloent dins de la mateixa a l'Administració en cas de concessions i contractes administratius (STS de 23 de desembre de 1996, STS de 6 de juliol de 2005, STS de 13 de novembre de 2008, entre d'altres).

A tall d'exemple, es transcriu una part del paràgraf cinquè de la STS 2982/2016, de 27 de juny de 2016:

La expresión empresario, utilizada por el artículo 42, no ha de entenderse limitada a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil. El área prestacional y no económica en que es encuadrable el servicio encomendado por el Ayuntamiento recurrente a quien es empleadora directa, efectuado mediante contratación administrativa, no excluye, por la condición pública del titular de tal servicio, la aplicación del artículo 42, dado que dicha condición no es obstáculo para que tal entidad, de haber asumido directamente y por sí misma la gestión del referido servicio, con el cual se atiende a la consecución de fines enmarcados en el área de su competencia, habría actuado como empleador directo, siendo también tal en múltiples facetas de su actividad. Una interpretación teleológica del mencionado precepto fuerza a entender incluida a esta última en su disciplina, con relación al supuesto de gestión indirecta de servicios, mediante la que se encomienda a un tercero tal gestión, imponiéndole la aportación de su propia estructura organizativa y de sus elementos personales y materiales, para el desarrollo del encargo que asume. Entenderlo de manera distinta supondría una reducción del ámbito protector del citado artículo 42, que no respondería al espíritu y finalidad del precepto. Aun posibilitando cesiones indirectas para facilitar la parcelación y división especializada del trabajo, dicho precepto otorga a los trabajadores las garantías que resultan de la responsabilidad solidaria que atribuye al dueño de la obra o servicio. Por otra parte, las expresiones «Contratas o subcontratas», por su generalidad, no cabe entenderlas referidas, en exclusiva, a contratos de obra o de servicio de naturaleza privada, ya que abarcan negocios jurídicos que tuviesen tal objeto, aún correspondientes a la esfera pública, siempre que generasen las antedichas cesiones indirectas y cumpliesen los demás requisitos exigidos para la actuación del mencionado precepto. Esta doctrina es más conforme con el carácter protector que tiene lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de Trabajadores, al que no es ajena la normativa que rige la contratación del sector público, pues

en ella no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social constituye uno de los supuestos de prohibición para contratar (artículo 60.1.d) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En aquesta línia, la jurisprudència conclou que les Administracions Públiques són responsables solidàries de les obligacions amb la Seguretat Social concretes per contractistes i subcontractistes.

Per tant, les sentències condemnatòries a administracions i resta d'entitats públiques per impagament de les cotitzacions a la Seguretat Social dels seus treballadors per part de contractistes i subcontractistes són habituals (STSJ de Madrid de 13 de desembre de 2000, STSJ de Aragon de 17 de desembre de 2009, STSJ de Castilla i Lleó de 13 de juny de 2014, etc.)

Un altre supòsit de risc responsabilitat solidària d'una entitat contractant amb les obligacions d'una empresa contractada és l'abonament dels salaris dels treballadors quan l'adjudicatari no els abona (STS 15 de juliol de 1996 o STS de 5 de desembre de 2011).

També s'estableix la responsabilitat subsidiària de l'Administració en el cas d'impagaments pels contractistes de la retenció de l'IRPF dels seus treballadors en aplicació de l'art. 43.1 f) de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària:

“Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades:

[...]

f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las

obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación.”

Respecte a les obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals, l'art. 3 de la Llei 31/1995, de prevenció de riscos laborals (LPRL) inclou dins de l'àmbit de la seva aplicació “tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, i que “Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta Servicios”.

Així mateix, l'art. 24.3 LPRL, desenvolupat pel Reial Decret 171/2014, de 30 de gener, regula que “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Cal advertir, que de conformitat amb l'art. 42 LPRL l'incompliment per part dels empresaris de les seves obligacions en matèria de prevenció de riscos laborals “darà lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.”

En matèria de contractació, amb l'entrada en vigor de la Llei 9/2017 de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, al seu art. 201 es concreten les obligacions en matèria mediambiental, social o laboral que tenen els òrgans de contractació:

“Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia mediambiental, social o laboral establecidos en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional mediambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V.

Lo indicado en el párrafo anterior se establece sin perjuicio de la potestad de los órganos de contratación de tomar las oportunas medidas para comprobar, durante el procedimiento de licitación, que los candidatos y licitadores cumplen las obligaciones a que se refiere el citado párrafo.

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 ”.

RECOMANA

Que si bé l'empresa adjudicatària és la responsable del compliment de les disposicions vigents en matèria laboral, de Seguretat social, i de prevenció de riscos laborals, l'Ajuntament pot incórrer en risc de responsabilitat solidària o subsidiària, en relació amb els impagaments per part de les contractistes o subcontractistes de les seves obligacions tributaries, salarials, i amb la Seguretat Social. Raó aquesta i la del risc reputacional en la que podria incórrer l'Ajuntament, que justificarien l'adopció de les cauteles de control i de penalització corresponents per part de l'administració contractant en la redacció dels plecs i durant l'execució del contracte per poder verificar el compliment de les seves obligacions per part de l'adjudicatari.

V. CONTRACTACIÓ MENOR

CONTRACTACIÓ MENORS DE SERVEIS AMB SOCIETATS COOPERATIVES DE FACTURACIÓ

Visualitzat el Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona es constata l'existència de contractació menor amb Societats Cooperatives d'impuls empresarial per part de diferents òrgans municipals. A tall d'exemple, en el tercer trimestre d'aquest any 2018, la Gerència del Districte de XX, Gerència de XXX, XXXX i la Gerència de XXXX van realitzar contractació menor amb la mateixa societat cooperativa de impuls empresarial.

Recordem que els contractes menors són aquells de valor estimat inferior a 40.000 euros, quan es tracta de contracte d'obres o a 15.000 euros, en cas de contractes de subministrament o de serveis, d'acord amb l'art. 118.1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del sector públic.

En l'art. 118.2 de la referida Llei de contractes del sector Públic es regula l'expedient de tramitació dels contractes menors que exigeix:

“En els contractes menors la tramitació de l'expedient exigeix l'informe de l'òrgan de contractació que motivi la necessitat del contracte. Així mateix, es requereix l'aprovació de la despesa i la incorporació a aquest de la factura corresponent, que ha de reunir els requisits que estableixin les normes de desplegament d'aquesta Llei.”

També caldrà:

“En l'expedient s'ha de justificar que no s'està alterant l'objecte del contracte per evitar l'aplicació de les regles generals de contractació, i que el contractista no ha subscrit més contractes menors que, individualment o conjuntament, superin la xifra que consta a l'apartat primer d'aquest article. L'òrgan de contractació ha de comprovar el compliment d'aquesta regla. En queden exclosos els supòsits enquadrats a l'article 168.a).²ⁿ Els contractes menors s'han de publicar en la forma que preveu l'article 63.4”.

La contractació menor és una possibilitat de simplificació i agilització procedimental de la contractació administrativa, que suposa una adjudicació directa de contractes de quantia inferior, l'aplicació de la qual suposa l'excepció dels principis de llibertat d'accés a les licitacions, el principi d'igualtat de tracte entre licitadores, la inaplicació del deure de salvaguarda de la lliure competència i de selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa recollida a l'art. 1 de la Llei 9/2017 de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic.

Però en tot cas, als contractes menors li són d'aplicació les normes generals de la contractació. L'art. 65 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre regula que “Només poden contractar amb el sector públic les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d'obrar, no estiguin incurses en cap prohibició de contractar i acreditin la seva solvència econòmica i financera i tècnica o professional o, en els casos en què ho exigeixi aquesta Llei, estiguin classificades degudament”.

D'acord amb l'art. 84 de la Llei 9/2017 concreta que la capacitat d'obrar dels empresaris que siguin persones jurídiques s'acredita: “mitjançant l'escriptura o el document de constitució, els estatuts o l'acta fundacional, en els quals constin les normes per les quals es regula la seva activitat, degudament inscrits, si s'escau, en el Registre públic que correspongui, segons el tipus de persona jurídica de què es tracti.”

Finalment en l'art. 66.1 de la Llei 9/2017, “les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions dels quals estiguin compreses dins dels fins,

objecte o àmbit d'activitat que, segons els seus estatuts o regles fundacionals els siguin propis.”

De l'anàlisi dels tres articles, es conclou que les societats cooperatives de treball associat poden ser adjudicatàries de contractes de l'Ajuntament de Barcelona, però les prestacions dels serveis que realitzi ha d'estar compreses dins dels fins, objecte o àmbit d'activitat establert en els seus estatuts o regles fundacionals.

RECOMANA

Malgrat el reconeixement legal de les societats cooperatives de treball associat, i per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritzant la prevenció per sobre de les conductes reactives, i atenent al context descrit, i a fi d'evitar el risc reputacional que implicaria per l'Ajuntament de Barcelona no haver desenvolupat totes les eines al seu abast per evitar la contractació menor de cooperatives constituïdes en frau de llei, per ser contrària a l'interès general, i que puguin perjudicar tant a la Seguretat Social com a Hisenda, com les pròpies societats referides anteriorment, recomanem als òrgans gestors que:

- Prèviament a formalitzar algun tipus de contracte o abonament de factures a algunes d'aquestes societats cooperatives caldria comprovar que l'objecte social de la cooperativa de treball associat s'adeqüés a la prestació realitzada pel soci/a cooperatiu, d'acord amb l'art. 66.1 de la Llei 9/2017.
- En cas de dubte per part de l'òrgan gestor sobre la legalitat d'alguna Cooperativa de facturació, o per conèixer si la cooperativa, amb la qual té intenció de treballar, es troba incursa en un procés d'investigació, podria oficiar: si la societat té abast estatal al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (mitjançant l'adreça electrònica Subdireccion.autonomos@meyss.es motivant l'interès legítim de la consulta); b) si té abast autonòmic, a la Direcció General d'Economia cooperativa i creació d'empreses.

ANÀLISI DE LA PLURALITAT DE CONTRACTES MENORS VINCULATS AL CONTRACTE PRINCIPAL

Així mateix, l'art 86, del text refós de la Llei de contractes del sector públic²⁶ no prohibeix el fraccionament del contracte en general, només es prohibeix quan es fa amb la finalitat de disminuir la quantia del mateix i al·ludir els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguin.

²⁶ Normativa vigent i aplicable en el moment dels fets analitzats

La finalitat de la llei no és agrupar innecessàriament en un sol contracte diverses prestacions diferents o d'identica naturalesa sinó impedir el frau de llei que tendeix a evitar l'aplicació dels preceptes que regulen els procediments oberts o les exigències de publicitat en el diari DOUE, que s'exigeix depenent del valor estimat del contracte. Només quan existeixi una raó objectiva que permeti considerar que cada prestació en si mateixa considerada respongui a una única finalitat tècnica i econòmica, independent i separable de la resta, podrà l'òrgan de contractació optar per efectuar procediments separats per cadascuna d'elles, calculant també, de forma independent, el seu valor estimat a efectes de la determinació del regim jurídic que li correspongui.

D'acord amb l'apartat 3 de l'article 86 del TRLCSP és possible la contractació separada de prestacions diferenciades dirigides a integrar-se en una obra, tal i com aquesta és defineix en l'article 6 del mateix text legal, quan aquestes prestacions gaudeixin d'una substantivitat pròpia que permeti una execució separada, per haver de ser realitzades per empreses que comptin amb una determinada habilitació.

L'opció que assisteix a l'òrgan de contractació dins dels límits de l'article 86.3 del TRLCSP entre la integració de les diverses prestacions en un sol contracte o la celebració de diferents contractes exigeix prendre en consideració diferents aspectes com són, entre altres: l'increment de l'eficàcia que suposa la integració de totes les prestacions en un únic contracte; la major eficiència i coordinació en l'execució de les prestacions resultants del tractament unitari del contracte; l'aprofitament de les economies d'escala que possibilita el fet que totes les prestacions s'integrin en un únic contracte sense divisió en lots; i l'optimització de l'execució global del contracte al ser el control del seu compliment més efectiu si el contracte s'adjudica a una sola empresa i no a diverses com podria succeir si s'establissin lots.

RECOMANA

Que a la documentació facilitada no consta cap document on s'informi sobre la necessitat o justificació de contractar aquestes prestacions de forma separada, ni que es faci mitjançant contractació menor. Considerem que la pertinença d'aquesta decisió, la seva adequació a l'ordenament jurídic, respecte a l'acreditació de la substantivitat pròpia i la incidència que contractar aquestes prestacions tal com s'ha fet hagi pogut tenir en l'execució de l'obra demanda d'una expertesa tècnica més enllà dels coneixements jurídics, per la qual cosa es proposa sotmetre aquestes qüestions a l'emissió d'informe per part de perit expert en la matèria.

VI. CONTRATE DE NATURALESA PRIVADA

XXX és una societat mercantil de la titularitat 100% de l'Ajuntament de Barcelona, i en funció de l'objecte social i de l'activitat mateixa de la societat es pot qualificar de societat que pertany al sector públic municipal, als efectes de l'article 3.1.d del TRLCSP i de poder adjudicador no administració pública als efectes de l'article 3.3 b del TRLCSP.

Aquest contracte té la condició de contracte del sector públic, en concret de contracte d'obres subjecte a una regulació harmonitzada, ja que el seu valor estimat és igual o superior a 5.186.000 euros, sense IVA, de conformitat amb l'article 14.1 del TRLCAP.

Atesa la condició de poder adjudicador no administració pública de la societat, aquest contracte és, a més, un contracte de naturalesa privada (art. 20.1 TRLCAP). Aquests elements conformen un règim jurídic peculiar i complex per aquest contracte, de conformitat amb l'article 20.1 TRLCAP.

Com a contracte privat, es regeix, pel que fa a la seva preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, pel TRLCSP i les disposicions que el despleguen, i se li apliquen de forma supletòria la resta de normes de dret administratiu o, si s'escau, les normes de dret privat, segons correspongui per raó del subjecte o entitat contractant.

En concret, en matèria de preparació, en estar subjecte a regulació harmonitzada, li és d'aplicació el títol II del llibre II, en particular l'article 137.1 TRLCSP, que prescriu que cal observar:

- Les regles establertes a l'article 117 per a la definició i l'establiment de prescripcions tècniques, així com les dels articles 118 (condicions especials d'execució del contracte), 119 (informació sobre les obligacions relatives a la fiscalitat, protecció del medi ambient, ocupació i condicions laborals) i 120 (informació sobre les condicions de subrogació en contractes de treball) tots del TRLCSP.
- Les regles establertes a l'article 112.b del TRLCSP sobre reducció de terminis en el supòsit que la celebració del contracte sigui necessària per atendre una necessitat inajornable o si resulta necessari accelerar l'adjudicació per raons d'interès públic, cosa que l'òrgan de contractació ha de motivar degudament en la documentació preparatòria. Aquesta previsió no és d'aplicació al cas que ens ocupa.

En matèria de selecció de l'empresa contractista i d'adjudicació del contracte, els contractes subjectes a regulació harmonitzada segueixen com a criteri general les prescripcions establertes al capítol I del títol I del llibre III (arts. 138-188) amb algunes adaptacions, segons estableix l'article 190.1 TRLCSP.

- No són d'aplicació les normes següents: segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 150 sobre intervenció del comitè d'experts per a la valoració de criteris subjectius; apartats 1 i 2 de l'article 152 sobre criteris per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes; article 156 sobre formalització del contracte sense perjudici de l'observança del termini de l'apartat 5; article 160 sobre examen de les proposicions i proposta d'adjudicació i article 172 sobre supòsits en què es possible acudir a un procediment negociat en contractes de gestió de serveis públics, no aplicable al cas. (articles tots de TRLCSP)

- Tampoc no és necessari publicar les licitacions i adjudicacions en els diaris oficials nacionals a què es refereixen el paràgraf primer de l'apartat 1 de l'article 142 i el paràgraf primer de l'apartat 2 de l'article 154, ja que s'entén que se satisfà el principi de publicitat mitjançant la publicació en el «Diari Oficial de la Unió Europea» i la inserció de la informació corresponent en la plataforma de contractació a què es refereix l'article 334 o sistema equivalent, tot això sense perjudici de la utilització de mitjans addicionals amb caràcter voluntari. També els articles citats són de TRLCSP.

Cal advertir que les disposicions sobre les *meses de contractació* no es troben en el capítol I del títol I del llibre III TRLCSP, sinó en l'article 320.1 i ss. d'aquest cos normatiu, que expressament les considera òrgans d'assistència dels òrgans de contractació de les administracions públiques, específicament en matèria de valoració de les ofertes.

Per últim, com a contracte privat, es regeix, pel que fa als seus efectes i extinció, pel dret privat. No obstant això, en matèria de modificació, són d'aplicació les normes del títol V del llibre I del TRLCAP.

VII. CONSIDERACIONS DE LA CONDICIÓN DE MITJÀ PROPI I SERVEI TÈCNIC DE L'ENS INSTRUMENTAL

La condició de mitjà propi de l'ens instrumental ha de tenir un reconeixement en els estatuts o en la norma fundacional de l'ens instrumental. No obstant, s'ha de dir que sobre aquest requisit ha operat una certa matisació en relació als ens instrumentals constituïts abans de l'entrada en vigor de la LCSP, en el sentit ja

apuntat per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, informe 26/2008, de 3 de novembre, que considera que aquests requisit s'ha d'exigir a les entitats creades amb posterioritat a la LCSP, però per les entitats creades amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LCSP, es pot entendre que es compleix aquest requisit quan es desprengui de les seves normes de creació, sense perjudici que aquestes entitats puguin optar per adaptar expressament els seus estatuts a la nova regulació.

Tanmateix, la Llei 3/2007, de 4 de juliol, de l'obra pública en els seu preàmbul exposa: "... Així mateix, cal assegurar que el model de contractació d'obra pública garanteix la lliure concurrència i *la utilització eficient dels fons públics...*"

Respecte al requisit que la condició de mitjà propi sigui idoni, la doctrina ja s'ha pronunciat sobre els encàrrecs de gestió en frau de llei i la falta del requisit d'idoneïtat del mitjà propi. En aquest sentit, és habitual que l'Administració encarregui a un ens instrumental que tingui la condició de mitjà propi i servei tècnic, la realització d'una prestació encara que no tingui els mitjans necessaris per realitzar-la. Es produeix, per tant, la circumstància que l'ens instrumental es limita a substituir a l'Administració en la posició d'entitat contractant i tramitar l'expedient de contractació corresponent del qual resultarà adjudicatari un empresari que serà el que realment executi la prestació.

Si l'ens instrumental sols substitueix a l'Administració en la posició de contractant, sense assumir l'execució efectiva de l'encàrrec, s'altera el règim jurídic aplicable a l'execució del contracte, i sovint s'incrementen els riscos de no actuar amb el precís rigor en la licitació i adjudicació del contracte, essent sens dubte més rígids el que la Llei preveu per a la contractació de les Administracions públiques.

El criteri d'idoneïtat consisteix en què el mitjà propi ha de ser suficientment apte per executar el contracte i per això ha de disposar dels mitjans, tant personals com materials, suficients e idonis per l'execució de l'encàrrec.

El TRLCSP no estableix el grau d'execució que el mitjà propi havia de disposar per sí mateix, és a dir, no indicava fins on podia, el mitjà propi, contractar amb tercers l'activitat que li havia estat encomanada per l'Administració. L'únic precepte que va fixar un límit per la subcontractació, va ser la Disposició Addicional 25ª.6 TRLCSP, dedicat al règim Jurídic de TRAGSA, en la que s'estableix que l'import de la part de la prestació que podia subcontractar-ne amb empresaris particulars, tenia que ser inferior al 50% de l'import total del projecte, subministrament o servei.

El Tribunal de Comptes va resoldre que, davant la manca de regulació en el TRLCSP, era convenient que s'establís en les resolucions dels encàrrecs i en els estatuts dels mitjans propis, unes limitacions a l'activitat que poguessin contractar amb tercers amb l'objectiu d'evitar que els encàrrecs es converteixin en un mitjà propi per evitar el procediment de contractació pública. Sobretot tenint en compte que en l'àmbit de les subvencions públiques hi ha un límit per la subcontractació de la prestació de l'activitat subvencionada (Llei 38/2003 de 17 de novembre, general de subvencions).

La Intervenció General de l'Administració de l'Estat (IGAE) en Circular 4/2015 de 20 de maig va concloure el següent: *"... que el medio propio no reunía el requisito de idoneidad y de aptitud necesarios para realizar la prestación si tenía que contractar con terceros más del 50% de la prestación."*

De fet, el Tribunal de Comptes, en data 22 de desembre de 2016 va elevar una Moció a les Corts Generals sobre la necessitat de desenvolupar un adequat marc legal per la utilització de les encomanes de gestió per les Administracions Públiques en l'exercici de la seva funció fiscalitzadora. Va afirmar que *"...esta nueva forma de gestión ha adquirido dimensión propia y trascendencia suficiente como para que nuestra legislación la aborde como una gestión de las AAPP con sustantividad propia, merecedora de una normativa reguladora que discipline el recurso a estas encomiendas o encargos a medios propios, de forma precisa, clara y garantista, siguiendo la pauta marcada por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRSJP) en relación con la regulación de los convenios en el capítulo VI de su Título Preliminar.."*

Aquest mateix informe conté un apartat específic sobre la idoneïtat del mitjà propi, sota la rúbrica 2.2.5. *"... En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios, destacando:*

2.2.5.3 En definitiva, el riesgo derivado de esta situación consiste en que la administración o el poder adjudicador pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud de la obligatoriedad del encargo que establece el artículo 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso, cuando el medio propio no tenga la consideración de poder adjudicador, la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que los poderes adjudicadores hubieran actuado directamente como órganos de contratación, y a mayor abundamiento cuando el encomendante tiene la consideración de Administración Pública a los efectos del TRLCSP y la encomendaria es una entidad sujeta a Derecho privado, como sucede de manera habitual. La encomendaria actuaría en estos supuestos como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilitaría un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés

público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado)”