

AI 97/21

I INFORME EN VIRTUT DEL QUAL ES FORMULEN CONSIDERACIONS, RECOMANACIONS I PROPOSTES DE MILLORA EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA ARREL DELS RISCOS DETECTATS EN AQUEST ÀMBIT D'ACTUACIÓ MUNICIPAL I EN EXERCICI DE LES FUNCIONS DE PREVENCIÓ QUE TÉ ENCOMANADA LA DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI

Aquest primer informe es vesa arrel dels riscos detectats, a través de les alertes rebudes pels diferents canals establerts a l'efecte, en matèria de contractació i en exercici de les funcions de prevenció de pràctiques contràries a dret i als principis de bona administració i bon govern que l'article 26 de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica i de Bon Govern (en endavant NRBE) atribueix a la Direcció de Serveis d'Anàlisi.

Les consideracions, recomanacions i propostes de millora en matèria de contractació pública que aquí es formulen responen a l'objectiu últim de reforçar la cultura del compliment i de l'ètica en aquest àmbit d'actuació municipal (entesa, aquesta última, en els termes establerts de l'article 4 de les NRBE) a fi que la gestió municipal es desenvolupi amb un respecte total als valors de qualitat democràtica i de bona administració en un context de millora contínua en la qualitat dels serveis públics.

A tal efecte, i abans d'entrar a enumerar les referides mesures de millora que es proposen, s'abordarà, per la seva importància, (encara que breument): el marc d'integritat de l'Ajuntament de Barcelona així com la Bústia Ètica i de Bon Govern, i les funcions de prevenció encomanades a la Direcció de Serveis d'Anàlisi.

I. MARC D'INTEGRITAT DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA

Recuperar i consolidar la confiança de les persones en les institucions públiques exigeix que aquestes es dotin d'un sistema o marc d'integritat institucional que coadjuvi a garantir una gestió pública d'acord amb els principis i les regles ètiques i de bon govern que eviti, o si més no redueixi o minimitzi, les conductes contràries a Dret, a l'ètica i als valors com l'honestedat, el respecte, el predomini dels interessos generals, l'ús correcte dels recursos públics, etcètera.



Aquest sistema o marc d'integritat institucional inclou:

- a) la definició dels valors de la integritat a través de l'adopció d'un acord polític que aprovi un codi ètic i de conducta
- b) l'establiment de mecanismes que afavoreixin la consecució d'una gestió pública íntegra (mecanismes basats en accions de foment de la conducta ètica, de difusió, de formació i, en general, de prevenció dels riscos de frau o corrupció, ja que també en aquesta matèria resulta més favorable per als interessos públics l'actuació proactiva que la reactiva);
- c) el monitoratge dels resultats a través d'accions d'avaluació periòdica comunicats als òrgans de govern competents i publicats per facilitar la sensibilització de les persones en general i de les directament implicades en la gestió pública, i
- d) la creació de mecanismes per garantir l'eficàcia del codi ètic i de les regles de conducta, sense els quals el codi de conducta i de bon govern esdevindria una simple declaració política sense possibilitats de materialització.

En resum, es tracta d'establir els principis, de fomentar el coneixement com una manera de prevenir les conductes incorrectes i d'avaluar i supervisar que aquests es compleixin per tal de que tinguin eficàcia.

A l'Ajuntament de Barcelona el marc de integritat que s'ha anat configurant durant els últims anys ha culminat amb: 1) l'aprovació i publicació del Codi Ètic i de Conducta, 2) la constitució del Comitè d'Ètica, 3) la creació i posada en marxa de la Bústia Ètica i de Bon Govern i l'aprovació de les seves Normes Reguladores i 4) amb la Direcció de Serveis d'Anàlisi com a òrgan que interrelaciona totes les peces anteriors.

II. BÚSTIA ÈTICA I DE BON GOVERN

Un dels mecanismes per dotar d'eficàcia a les regles de conducta i per contribuir simultàniament al compliment del principi de legalitat és la creació de la Bústia ètica i de bon govern. La Bústia Ètica i de Bon Govern constitueix, com s'ha dit, un element del marc d'integritat institucional de l'Ajuntament de Barcelona en la mesura que facilita la comunicació de conductes desenvolupades en els òrgans dels quals depèn la gestió municipal (entesa en tota l'amplitud que marca l'article 4 de les NRBE) que puguin ser contràries al dret, als principis i valors ètics i a les regles de conducta que miren de tutelar l'ús correcte dels recursos públics, la resolució adequada dels conflictes d'interessos, l'objectivitat i neutralitat de la gestió pública, el principi d'igualtat, el respecte a la dignitat de les persones; valors molt rellevants en

l'exercici de les competències municipals en general i, en especial, en els temes de contractació pública, funció pública, activitat de foment, ordenació urbanística, etcètera.

L'òrgan de gestió de la Bústia ètica i de bon govern és la Direcció de Serveis d'Anàlisi (en endavant DA), a la qual normativament, se li encarrega, a més, tot un seguit de mesures com són les de foment, de formació, d'avaluació periòdica, d'actuacions preventives que impedeixin o dificultin l'aparició de comportaments irregulars o contràries a l'ordenament jurídic i a l'interès general. La DA també és l'òrgan de suport tècnic-jurídic del Comitè d'Ètica.

III. FUNCIONS DE PREVENCIÓ DE LA DIRECCIÓ DE SERVEIS D'ANÀLISI

Entre el ventall de funcions encomanades a la Direcció de Serveis d'Anàlisi (l'art. 26 NRBE) està la de prevenció d'actuacions contràries a l'ordenament jurídic, als valors ètics i a les regles de conducta i de bon govern i administració, així com la de promoure la consolidació i la millora de la gestió ètica per part de l'Administració municipal, i la de formular recomanacions i proposar millores.

En l'exercici de les referides funcions de prevenció i a la vista dels riscos detectats en matèria de contractació pública a través de les alertes i comunicacions de les que ha anat tenint coneixement i ha gestionat la Direcció d'Anàlisi es formulen les propostes de millora i mesures de prevenció que es desgranaran i desenvoluparan en els apartats següents.

Mesures preventives i propostes de millora que es sistematitzaran en funció dels punts en els que aquestes es projectin i seguint la següent estructura:

I. Principis rectors de la contractació pública

- I.1 Principi d'integritat
- I.2 Principi d'igualtat de tracte dels licitadors i lliure competència
- I.3 Principi de transparència

II. Prevenció conflicte d'interès

- II.1 Procés decisor en matèria de contractació pública: zona de risc de pràctiques fraudulentas. Incrementar la seva qualitat
- II.2 Situacions de conflicte d'interès
- II.3 Professionalització i formació al personal municipal que intervé en els expedients de contractació.
- II.4 Indexar i foliar els expedients de contractació



III. Contractació pública responsable:

- III.1 Personal contractat amb dificultats particulars d'inserció al mercat laboral
- III.2 Condió especial d'execució de subrogació laboral

IV. Fase de preparació de l'expedient de contractació

- IV.1 Requisits de solvència: delimitació, concreció i motivació
- IV.2 Acreditació de la solvència econòmica i tècnica
- IV.3 Criteri de solvència econòmica i financera, i professional o tècnica
- IV.4 Motivació de la necessitat del contracte i justificació de la contractació externa
- IV.5 Elecció dels criteris de valoració de les ofertes i la seva ponderació: incrementar la motivació
- IV.6 Certificació negativa del registre central de delinqüents sexuals

V. Fase de licitació

- V.1 Configuració de les meses de contractació atesos els riscos de conflicte d'interès
- V.2 Delegació del membre de la mesa d'adjudicació
- V.3 Valoració dels criteris que depenen d'un judici de valor
- V.4 Règim i procediment de justificació de les baixes desproporcionades o anormals
- V.5 Inexistència de registre d'entrada i sortida de documents dels expedients administratius de contractació

VI. Fase d'execució del contracte

- VI.1 Seguiment de la correcta execució de la contractació
- VI.2 Responsabilitat solidària o subsidiària de l'administració per incompliments del contractista en matèria sociolaboral i de prevenció de riscos laborals

VII. Contractació menor

- VII.1 Contractació de menors de serveis amb societats cooperatives de facturació

IV. RECOMANACIONS I PROPOSTA DE MESURES PREVENTIVES I DE MILLORA EN MATERIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

A continuació es desgranaran, seguint l'estructura descrita a l'apartat anterior, les recomanacions i mesures preventives i de millora que es proposen davant els riscos detectats en matèria de contractació arrel de les alertes i comunicacions rebudes pels diferents canals establerts a l'efecte.

I. PRINCIPIS RECTORS DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA

I.1 PRINCIPI D'INTEGRITAT

RECOMANA

Que es doti d'un instrument eficaç per poder analitzar l'actuació de les empreses licitadores front la contractació pública municipal garantint el compliment del principi d'integritat des de la seva fase inicial fins l'execució del contracte, mitjançant els quatre pilars: la transparència; la bona gestió; la prevenció de males conductes i els conflictes d'interès; i el control i la rendició de comptes, per identificar, entre d'altres, possibles irregularitats o pràctiques susceptibles d'incórrer en competència deslleial per part d'aquestes empreses.

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 suposi 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 opera a posteriori com un mecanisme de control.

1.2 PRINCIPI D'IGUALTAT DE TRACTE DELS LICITADORS I LLIURE COMPETÈNCIA

RECOMANA

Els poders adjudicadors estan obligats a observar i vetllar per l'observança dels principis competitiu 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'indícis que puguin revelar la presència de pràctiques anticompetitives entre les empreses licitadores.



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, i 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 ja es trobava recollida en l'exposició de motius de LCS, i que avui 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"*.

I.3 PRINCIPI DE TRANSPARENCIA

RECOMANA

D'acord amb l'art. 63.3 LCSP que indica uns mínims respecte a la informació que s'hauria de publicar, és necessari que l'òrgan gestor de la contractació doni compliment a aquesta obligació de publicitat 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, i per tant es recomana 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.

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 (per totes, 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.

L'exigència de transparència es reflecteix 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 deixar 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.

II. PREVENCIÓ CONFLICTE D'INTERES

II. 1 PROCÉS DECISORI EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA: ZONA DE RISC DE PRÀCTIQUES FRAUDULENTES. INCREMENTAR LA SEVA QUALITAT

RECOMANA

Recordar que el risc de possibles males pràctiques es pot trobar en el procés decisor del marge de discrecionalitat administrativa en la contractació pública, perquè és a 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.

En 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, que faciliti la rendició de comptes.



II.2 SITUACIONS DE CONFLICTE D'INTERÈS

1) RECOMANA

Que en les contractacions públiques, seria procedent que:

- l'òrgan de contractació arbitri els mecanismes adequats per resoldre o mitigar la situació de conflicte d'interès detectada
- l'òrgan de contractació reforci la motivació precisa en el procés decisonal en els expedients de contractació a efectes de reduir la possibilitat d'incórrer en conflictes d'interès.
- un procés de capacitació per formar al personal municipal en resolució de situacions complexes de contractació pública i conscienciar de possibles riscos per a la integritat.

La Directiva 2014/24 en el seu art. 24 contemplava 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 de les 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 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 disposa 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 estableix 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 existeixi 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”*.

2) RECOMANA

Atès que es va detectar arrel d'una alerta que un membre de la mesa de contractació, a la seva vegada havia signat i participat en la redacció de la documentació tècnica del contracte, **que s'adoptin les màximes cauteles respecte a les possibles situacions de conflicte d'interessos que es puguin detectar i es respectin les normes de conducta establertes en matèria de contractació en el Codi ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona, amb especial atenció al que disposa l'article 8 del referit cos normatiu.**

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 Econòmics (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"*.

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 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"*

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.

II.3 PROFESSIONALITZACIÓ I FORMACIÓ AL PERSONAL MUNICIPAL QUE INTERVÉ EN ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

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 bona conducta.

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 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 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.

II.4 INDEXAR I FOLIAR ELS EXPEDIENTS DE CONTRACTACIÓ

RECOMANA

Insta a 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 i per tant de pràctiques fraudulentas.

III. CONTRACTACIÓ PÚBLICA RESPONSABLE

III.1 PERSONAL CONTRACTAT AMB DIFICULTATS PARTICULARS D'INSERCIÓ AL MERCAT LABORAL

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 corresponents procediments sancionadors hauria de constar, a l'expedient, el pertinent informe justificatiu que motivés la decisió tant de la no incoació com, en el seu cas, de la dilació en la incoació.**



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.

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 subscriuguin l'Ajuntament de Barcelona, i les entitats dependents que tenen la condició de poder adjudicador.

En 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"*.

III.2 CONDICIÓN ESPECIAL D'EXECUCIÓN DE SUBROGACIÓN LABORAL

RECOMANA

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. A tal efecte 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"*.

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.

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 la següent consideració:



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”

IV. FASE DE PREPARACIÓ DE L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ

IV.1 REQUISITS DE SOLVÈNCIA: DELIMITACIÓ, CONCRECIÓ I MOTIVACIÓ

RECOMANA

Recordar 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.

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 de motivació 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*".

IV.2 ACREDITACIÓ DE LA SOLVÈNCIA ECONÒMICA I TÈCNICA

RECOMANA

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.

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, especificava que per subscriure contractes amb el sector públic les empreses havien d'acreditar que complien 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 disposava 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.

IV.3 CRITERIS DE SOLVÈNCIA ECONÒMICA I FINANCERA, I PROFESSIONAL O TÈCNICA

RECOMANA

Respecte al criteri de solvència professional es recomana la necessitat de: 1) justificar a l'expedient administratiu que la concreció dels requisits de solvència econòmica i financera, i professional o tècnica exigida respecta els límits establerts en la normativa, i 2) comprovar, així mateix, que els criteris de solvència establerts, per l'especificitat i el contingut del contracte, estan efectivament vinculats al seu objecte i són proporcionals a aquest.

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 contracte, 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.

Atesa aquesta exposició, per poder determinar si la concreció dels requisits de solvència respecta 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"*.

És més, una omisió o relaxació 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.

IV.4 MOTIVACIÓ DE LA NECESSITAT DEL CONTRACTE I JUSTIFICACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ EXTERNA

RECOMANA

Recordar que a la documentació preparatòria de l'expedient de contractació: 1) s'ha de justificar adequadament i amb precisió la necessitat del contracte i la justificació de la contractació externa i 2) deixar constància tant de la naturalesa i extensió de les necessitats a cobrir pel contracte, com de la idoneïtat del seu objecte en relació amb el contingut del contracte.

En relació a la motivació de la necessitat del contracte, l'art. 116.1 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (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, s'han de determinar amb precisió, i se n'ha de deixar constància en la documentació preparatòria, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seva adjudicació"*.

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."*

IV.5 ELECCIÓ DELS CRITERIS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES I LA SEVA PONDERACIÓ: INCREMENTAR LA MOTIVACIÓ

RECOMANA

Que atesa 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'incloués una motivació suficient d'aquesta elecció en els termes establerts als articles 28; 116; 145 i 156 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic.

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 qualitius. 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"*.

IV.6 CERTIFICACIÓ NEGATIVA DEL REGISTRE CENTRAL DE DELINQUENTS SEXUALS

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.

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".

V. FASE DE LICITACIÓ

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

RECOMANA

Que atès 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 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 plec tècnic i qualsevol altra documentació tècnica, per garantir i enfortir la transparència i la seguretat jurídica en la contractació pública.

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 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



intervingut en la redacció de qualsevol documentació tècnica del contracte. I per fer front a 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; intervine 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.

V.2 DELEGACIÓ DEL MEMBRE DE LA MESA D'ADJUDICACIÓ

RECOMANA

Que en els plecs s'inclouï la identificació dels titulars i suplents de les Meses de contractació per una major transparència i seguretat jurídica atès que la decisió de la Mesa de contractació afecta de forma concloent la motivació fonamental de la resolució d'adjudicació.

També es recomana que es valori la procedència 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.

Al respecte resulta 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 Contractació 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 sustitución 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 Contractación 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 Contractación 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 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 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, és 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 funcionària 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 públicos¹”.

V.3 VALORACIÓ DELS CRITERIS QUE DEPENEN D'UN JUDICI DE VALOR

RECOMANA

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. Proposta que seria d'aplicació també als contractes adjudicats per poders adjudicadors no administracions públiques. Recomanació que es postula en la línia dels principis que cita el Consell d'Estat, i s'ha pronunciat jurisprudència i doctrina, tot i la literalitat del marc normatiu que no obligaria en l'àmbit local, semblaria convenient, més en contractes d'alta complexitat tècnica i per Ajuntaments de gran població com el de Barcelona.

L'article 150.2, segon paràgraf, del TRLCSP prescrivia que, quan en una licitació que se segueixi per un procediment obert s'atribuïa 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*), calia 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.

Al respecte citarem el 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”.

¹ 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

En aquest sentit, el Tribunal Superior de Justícia de València, a la sentència 4754, de 16 de juny de 2017, va determinar que l'article 150.2 del TRLCSP estableix 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 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 atès 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 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP) regula el Comitè d'Experts en l'article 146.2 a i a la Disposició Addicional Segona, apartat 8, i 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.



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.

V.4 RÈGIM I PROCEDIMENT DE JUSTIFICACIÓ DE LES BAIXES DESPROPORCIONALS O ANORMALS

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 una de les empreses municipals.

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.

V.5 INEXISTÈNCIA DE REGISTRE D'ENTRADA I SORTIDA DE DOCUMENTS DELS EXPEDIENTS ADMINISTRATIUS DE CONTRACTACIÓ

RECOMANA

Es recomana un estricte control d'entrada i sortida dels documents dels expedients de contractació, i en concret, de les pliques d'aquests procediments. I és que la falta reiterada d'aquest control (o absència de registre) podria comportar 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.

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'escriuts, sol·licituds i comunicacions en els òrgans administratius.



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: plects 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.

VI. FASE D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

VI.1 SEGUIMENT DE LA CORRECTA EXECUCIÓ DE LA CONTRACTACIÓ

RECOMANA

Respecte el seguiment de l'execució del contracte que:

- 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 escrupolós de les clàusules dels plecs de condicions administratives i tècniques, i més en casos de contractes l'objecte dels quals es projecten en àmbits sensibles (com per exemple i, entre d'altres, els que afecten als 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 de 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, es recomana 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.
- Recomana 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.

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.

VI.2 RESPONSABILITAT SOLIDÀRIA O SUBSIDIÀRIA DE L'ADMINISTRACIÓ PER INCOMPLIMENTS DEL CONTRACTISTA EN MATÈRIA SOCIOLABORAL I DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS

RECOMANA

Es recomana 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.

Atès 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.

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 encomiende 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 *“dará 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 ”.



VII. CONTRACTACIÓ MENOR

VII.1 CONTRACTACIÓ MENORS DE SERVEIS AMB SOCIETATS COOPERATIVES DE FACTURACIÓ

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 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, 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/sòcia 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.
- Sol·licitar una declaració responsable de la societat cooperativa de treball associat conforme no es troba incursa en un procés d'investigació o se li hagi dictat una resolució de desqualificació.

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.

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.

A tal efecte cal diferenciar-les de les cooperatives de facturació, que s'anuncien com empreses per facturar sense ser autònom. Són societats "paraigües" que tracten de donar cobertura a aquelles activitats laborals realitzades pels autònoms a temps parcial o esporàdics, i que només necessiten facturar ocasionalment, i pels quals no els compensa donar-se d'alta a la Seguretat social.

Són empreses que realitzen un ús indegut del concepte de cooperativa, atès que no es regeixen ni respecten els principis i estàndards del model cooperatiu, no hi ha un objecte social concret, la relació amb el soci treballador es confon amb el de client, i tenen un caràcter

merament instrumental d'intermediària entre professionals i la Seguretat Social i Hisenda per facturar els seus treballs, sense que el professional s'hagi de donar d'alta com a treballador autònom.

Aquesta mena de plataformes funcionen d'acord amb aquest procediment:

- 1.- El treballador es dona d'alta i es registra com a membre de la cooperativa, paga la quota inicial.
- 2.- Es crea un àrea d'accés personal per cada usuari en la plataforma
- 3.- Per emetre la factura, el professional entra en la web i remet les dades pertinents de la facturació.
- 4.- Per facturar els serveis a un client, la cooperativa dona d'alta al treballador en la Seguretat social de manera temporal (dies, setmanes, etc.)
- 5.- La Cooperativa emet les factures al client, dona d'alta o baixa a la Seguretat Social pels dies treballats, i liquida els impostos corresponents.

L'avantatge pel treballador és evitar donar-se d'alta com autònom, amb l'estalvi que comporta en quota mensual i impostos. Per la cooperativa es beneficia d'un percentatge de cada factura, a més de la quota de l'ingrés en la plataforma.

Les cooperatives de treball associat, regulades a la normativa, és un model adreçat per grups professionals que realitzen un mateix projecte o s'emmarquen en un sector comú per tots ells. En el moment que no hi ha vinculació entre els membres de les cooperatives, i no treballen per un fi comú, i per tant, no comparteixen una activitat professional no podem parlar de cooperativa de treball associat, sinó d'un mecanisme per proporcionar una economia submergida.

V. CONCLUSIÓ

Arribats a aquest punt, a la vista de les recomanacions i propostes de millora formulades i amb l'objectiu de que puguin ser d'utilitat per l'organització municipal de cara a pal·liar o si més no a minimitzar els riscos detectats per la Direcció de Serveis d'Anàlisi arrel de les múltiples alertes, informacions i comunicacions rebudes, gestionades i investigades en exercici de les funcions que li han estat encomanades normativament es donarà trasllat del present informe als òrgans competents en matèria de contractació així com als designats per la gestió i seguiment dels denominats Fons New Generation per si fos d'utilitat de cara al compliment i seguiment del Pla de Mesures Antifrau per a la gestió dels referits fons de l'Ajuntament de Barcelona.

Barcelona, a 29 de desembre de 2021.

Directora [Redacted]
Direcció de Serveis d'Anàlisi
Òrgan gestor de la Bústia Ètica i de Bon Govern de l'Ajuntament de Barcelona