

RECOMANACIONS DE CARÀCTER PREVENTIU EN RELACIÓ AMB ALERTES D'IRREGULARITATS EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

I. CONTRACTACIÓ MENOR. ANÀLISI DE LES PRINCIPALS INCIDÈNCIES COMUNICADES: FRACCIONAMENT IRREGULAR, INFORME DE NECESSITAT I IDONEITAT DEL CONTRACTE, RISC DE PRÀCTIQUES DE FAVORITISME O TRACTE DE FAVOR EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA, RISC DE DELICTE DE PREVARICACIÓ ADMINISTRATIVA I RÈGIM D'INCOMPATIBILITATS

A la Bústia Ètica s'han rebut diverses comunicacions relatives a presumptes irregularitats en la contractació menor portada a terme per una mateixa Gerència (en endavant: La Gerència). Cada una de les comunicacions rebudes alertaven d'irregularitats en diferents concatenacions de contractes menors i, en relació a cada una de les mateixes, la Bústia Ètica va dictar les corresponents admissións, va incoar les pertinents actuacions d'investigació, de comprovació i d'anàlisi jurídic (precisant, respecte a cada cas la legislació vigent segons la seva data de formalització i execució) que van culminar en les respectives Recomanacions. Però, atès que totes les comunicacions es referien, com s'ha dit, a contractes menors impulsats per la mateixa Gerència i en tots els supòsits es va observar la mateixa o similar mecànica operativa es resumiran, a continuació, de forma conjunta les diligències realitzades i les recomanacions evacuades arran de cadascuna d'elles per tal de facilitar la seva lectura. D'aquesta manera es procedirà: en primer lloc, a descriure molt breument l'objecte de les alertes rebudes (agrupant aquelles que afecten a la mateixa "sèrie" contractual tractada) per passar, després, a exposar, de forma conjunta les irregularitats detectades per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica (la gran majoria comuns a tots els contractes), i recollir, finalment, d'una manera global les Recomanacions formulades per a tots els casos analitzats.

Cal dir que, dintre de les actuacions d'investigació i comprovació practicades, es troben per exemple: a) el requeriment a l'òrgan contractant, entre d'altra informació, dels expedients administratius de tots els contractes afectats pel seu examen, així com els registres de facturació; b) també es van consultar els informes de control financer evacuats per la Intervenció general de l'Ajuntament durant aquells períodes de temps (entre d'altres: "Informe definitiu de fiscalització a posteriori sobre expedients de contractació del Sector XXX de l'exercici 2015", "Informe de control financer de la Intervenció General Revisió Limitada de contractes menors-2016 de l'Ajuntament de Barcelona"), c) es va analitzar la naturalesa i duració de la vinculació existent amb els contractistes, d) es va sol·licitar ofici al Registre Mercantil de Barcelona a fi d'obtenir nota informativa registral de les societats mercantils afectades, e) es van analitzar les sol·licituds de compatibilitat...

També s'ha d'anticipar que en tots els supòsits analitzats es va comprovar que: a) la tramitació dels contractes menors era consecutiva; b) les prestacions realitzades implicaven necessitats successives i reiterades en el temps, amb el mateix contingut; c) l'acumulació dels quals excedeix de la limitació

temporal d'un any i d) que, per raó de la seva naturalesa, s'hauria d'haver integrat en un únic objecte, en una unitat operativa o funcional, atès que existia una unitat en les necessitats a cobrir amb la contractació.

Igualment arran de les alertes comunicades es van acabar constatant les següents qüestions:

COMUNICACIÓ PRIMERA

A partir de la COMUNICACIÓ PRIMERA es va arribar a constatar que la Gerència va portar a terme diverses modalitats contractuals reiterades **durant 5 anys**, amb el mateix objecte contractual i que afectaven a una mateixa persona física. El primer i segon any mitjançant la contractació successiva de 2 empreses de les quals aquella era treballadora (les empreses compartien el mateix soci fundador i el mateix CNAE⁷⁶). I, durant els següents 3 anys mitjançant adjudicació directa de contractes menors que li van ser adjudicats sense solució de continuïtat fins que va ser nomenada persona funcionària interina per prestar serveis dintre de la mateixa Gerència contractant, serveis que eren d'anàloga naturalesa als que constituïen l'objecte dels precedents contractes administratius citats.

COMUNICACIÓ SEGONA

A partir de la COMUNICACIÓ SEGONA es va arribar a constatar que la Gerència va **adjudicar 34 contractes menors** a una mateixa persona física durant **vuit anys** consecutius i per objecte de similar naturalesa. Situació que ja havia estat constatada als Informes de Contractació elaborats conjuntament pel Departament de Serveis Jurídics i el Personal d'Administració de la Gerència, sinó també reiteradament en alguns dels expedients de contractació analitzats per la Secretaria Delegada de la Gerència, així com els Informes d'Intervenció General corresponents, i malgrat així es continuaven adjudicant.

COMUNICACIÓ TERCERA

De la COMUNICACIÓ TERCERA es va constatar que una mateixa persona física era adjudicatària de nombrosos contractes menors, de forma reiterada, sense solució de continuïtat i amb objecte de similar naturalesa en diferents òrgans municipals (Gerència, Districtes, Instituts, altra entitat municipal). Concretament, en la referida Gerència va ser adjudicatària de cinc contractes menors durant quatre anys seguits, i que posteriorment va ser nomenat/da funcionari/ària interí/na de la Gerència referida, i continuant sent adjudicatària d'un mateix Districte.

COMUNICACIÓ QUARTA

⁷⁶ La Classificació Nacional d'Activitats Econòmiques (CNAE) és un sistema de numeració que té per finalitat agrupar i classificar totes les unitats productores segons l'activitat econòmica que desenvolupen. A cada unitat se li assigna un codi numèric anomenat Codi CNAE.

De la COMUNICACIÓ QUARTA es va constatar que una mateixa persona física externa era adjudicatària de nombrosos contractes menors amb dos òrgans municipals diferents, sent un d'ells la Gerència, i que posteriorment aquesta va ser nomenada assessora d'una Tinença d'Alcaldia. Observant-se, en els contractes irregularitats com: fraccionament irregular del contracte menor (situació que ja havia constatat prèviament el Departament d'Administració) l'absència dels preceptius informes de necessitat i idoneïtat, la falta de la justificació de la realització de la prestació del servei contractat o l'orfandat de determinació i concreció de la prestació objecte del contracte.

Per tot això, es van traslladar les consideracions que s'exposaran a continuació, precisant, respecte a la legislació aplicable en cada cas que degut al moment en què es va tramitar cada un dels contractes que ens ocupen era aplicable la legislació vigent en cada moment.

I.I. CONTRACTACIÓ MENOR. FRACCIONAMENT IRREGULAR DEL CONTRACTE MENOR

I. REGULACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ MENOR: Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCS)

En relació a la contractació menor de l'any 2017, li era aplicable el Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCS), publicat en el BOE de 16 de novembre de 2011, vigent en aquell moment.

D'acord amb l'articulat del TRLCS relatiu a la contractació menor:

- **Consideració del contracte menor:** *Art. 138.3 TRLCS: "Es consideren contractes menors els contractes d'un import inferior a 50.000 euros, quan es tracti de contractes d'obres, o a 18.000 euros, quan es tracti d'altres contractes, sense perjudici del que disposa l'article 206 en relació amb les obres, serveis i subministraments centralitzats en l'àmbit estatal".*

En aquestes quanties legals no s'inclou el tipus impositiu de l'IVA, atesa la conclusió segona de la Circular nº 3/2008, de 30 de juliol, de l'Abogacia General de l'Estat "*En los umbrales o límites cuantitativos establecidos en el artículo 122.3, párrafo segundo, del citado texto legal (referit a la Llei 30/2017 de 30 d'octubre de Contractes del Sector Públic) para determinar si un contrato tiene o no la consideración de contrato menor no se incluye el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido*", i també recollit en l'Informe 26/08, de 2 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat "*debe entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio*".

- **Adjudicació del contracte menor:** *Art. 138.3 TRLCS "Els contractes menors es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que disposi de l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació, complint les normes que estableix l'article 111".*

- **Expedient de contractació en contractes menors:** *Art. 111.1 TRLCS "En els contractes menors definits a l'article 138.3, la tramitació de l'expedient només exigeix 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", i Art. 111.2 TRLCS "En el contracte menor d'obres, s'ha d'afegir, a més, el pressupost de les obres, sense perjudici que hagi d'existir el projecte corresponent quan normes específiques ho requereixin. Igualment s'ha de sol·licitar l'informe de supervisió a què es refereix l'article 125 quan el treball afecti l'estabilitat, la seguretat o l'estanquitat de l'obra."*

- **Formalització dels contractes:** Art. 28.2 TRLCSP "Els contractes que subscriuguin les administracions públiques s'han de formalitzar d'acord amb el que preveu l'article 156, sense perjudici del que assenyalava l'article 111 per als contractes menors", Art. 156.2 TRLCSP "En el cas dels contractes menors definits a l'article 138.3 cal atènyer-se, quant a la seva formalització, al que disposa l'article 111" (per tant, bastarà l'aprovació de la despesa i incorporació de la factura).

- **Termini de duració del contracte menor:** Art. 23.3 TRLCSP "Els contractes menors definits a l'article 138.3 no poden tenir una durada superior a un any ni ser objecte de pròrroga."

- **No subjecció a fiscalització prèvia:** L'art. 219.1 del Reial Decret Legislatiu 2/2004, de 5 de març, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei Reguladora de les Hisendes Locals, disposa que "No estarán sometidos a intervención prèvia los gastos de material no inventariable, contratos menores ..."

De la normativa exposada, i vigent en aquell moment, s'extreu que les característiques especials dels contractes menors són:

- Els contractes no poden superar els límits econòmics establerts en la pròpia Llei i en el cas de l'Ajuntament de Barcelona la corresponent Base d'execució del pressupost.

- El sistema d'adjudicació és directa, sense concurrència, i per tant constitueix una excepció als principis generals de la contractació pública.

- No poden tenir una duració superior a un any, ni ser objecte de pròrroga ni de revisió de preus.

- L'expedient i formalització només exigeix l'aprovació de la despesa i la incorporació al mateix de la factura corresponent; i en el cas de les obres, a més, el pressupost de les mateixes.

Respecte a les característiques dels contractes menors, a tall d'exemple, l'Informe 19/2013, de 25 de setembre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en el que exposava que: "El contrato menor, configurado como un procedimiento simplificado en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, viene definido como aquel contrato de importe inferior a 50.000€, en el caso de contratos de obras, o a 18.000 €, en el resto de contratos, ambos antes de IVA, en los que su precio no puede ser objeto de revisión, ni tener una duración superior a un año, ni prorrogarse, cuyo expediente y formalización sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y en el caso de las obras además, el presupuesto de las mismas.

Por tanto, la finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de aquellas necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obra y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrència."

II. NORMATIVA D'APLICACIÓ DE LA CONTRACTACIÓ MENOR EN LA LLEI 9/2017 DE 9 DE NOVEMBRE DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC (LCSP)

Quant als contractes menors XXX i XXX els hi era d'aplicació la vigent Llei 9/2017 de 9 de Novembre de Contractes del Sector Públic.

En l'art. 118 de la LCSP es contempla la regulació dels contractes menors (amb les especificitats establertes pels subministres i serveis que celebrin les entitats incloses en el en el sistema espanyol de Ciència i tecnologia i Innovació -fins a 50.000 euros- segons la Disposició Addicional 54^a de la LCSP, incorporada per la Llei 6/2018, de 3 de juliol i modificada pel Real Decret-Llei 3/2019, de 8 de febrer, de mesures urgents a l'àmbit de la Ciència, la Tecnologia, la Innovació i la Universitat) modificat recentment pel Reial Decret-Llei 3/2020, de 4 de febrer, de mesures urgents pel que s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol diverses directives de la Unió Europea a l'àmbit de la contractació pública en determinats sectors; d'assegurances privades; de plans i fons de pensions; de l'àmbit tributari i de litigis fiscals.

A l'expedient de contractació menor XXXX li és d'aplicació la redacció originària de l'art. 118 de la LCSP, en canvi a l'expedient de contractació menor XXXX, per ser posterior a la data de 6 de febrer de 2020, li és d'aplicació la mencionada modificació de l'article 118.

En la seva redacció originària, l'art. 118 de la LCSP va suposar:

- Una rebaixa dels llindars aplicables per considerar als contractes com a menors:

Art. 118.1 LCSP *"Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal"*

- L'exigència, en la tramitació de l'expedient del contracte menor, d'informe de l'òrgan de contractació motivant la necessitat del contracte:

Art. 118.1 LCSP *"En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan"*.

- Obligació de justificar, en l'expedient de contractació, que no s'està alterant l'objecte del contracte per a què resulti d'aplicació el règim de contractació dels contractes menors:

Art. 118.3 LCSP *"En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación"*.

- Obligació de justificar, en l'expedient de contracte menor, que el contractista no ha subscrit més contractes menors que individual o conjuntament superin els límits econòmics aplicables als contractes menors:

Art. 118.3 LCSP *"En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla"*.

Després de la modificació operada pel Reial Decret-Llei 3/2020, de 4 de febrer, el citat art 118 de la LCSP va quedar redactat en els següents termes:

"1) Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2) En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3) Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4) En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5) Lo dispuesto en el apartado 2.º de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

6) Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.»

Respecte a la durada del contracte, la redacció de l'art. 28 de la LCSP coincideix en els mateixos termes que el derogat art. 23.3 TRLCSP: *"Els contractes menors que defineix l'apartat primer de l'art. 118 no poden tenir una durada superior a un any ni ser objecte de pròrroga"*.

L'art. 131.3 de la LCSP, que regula el procediment d'adjudicació dels contractes menors, estableix que: *"Els contractes menors es poden adjudicar directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i*

que disposi de l'habilitació professional necessària per fer la prestació, complint les normes que estableix l'art. 118".

L'art. 153.2 LCSP, referent a la formalització dels contractes menors, especifica que: *"En el cas dels contractes menors que defineix l'art. 118, s'ha d'acreditar la seva existència amb els documents als quals es refereix l'article esmentat".*

Finalment, respecte a la publicitat dels contractes menors, l'art. 63.4 de la LCSP, exposa que: *"La publicació de la informació relativa als contractes menors s'ha d'efectuar almenys trimestralment. La informació que s'ha de publicar per a aquest tipus de contractes ha de ser, almenys, el seu objecte, durada, l'import d'adjudicació, inclòs l'impost sobre el valor afegit, i la identitat de l'adjudicatari, i els contractes s'han d'ordenar per la identitat de l'adjudicatari.*

Queden exceptuats de la publicació a què es refereix el paràgraf anterior, els contractes amb un valor estimat inferior a cinc mil euros, sempre que el sistema de pagament utilitzat pels poders adjudicadors sigui el d'avançament de caixa fixa o un altre sistema similar per fer pagaments menors".

III. FRACCIONAMENT DEL CONTRACTE

La contractació menor comporta una simplificació i una agilització procedimental eficient i necessària en determinades circumstàncies i per a determinades adquisicions o aprovisionaments.

En aquest sentit, la contractació menor, respecte a les despeses de menor quantia, resulta més eficient que la tramitació d'un expedient ordinari de contractació; així mateix resulta més àgil per atendre necessitats urgents de contractació. En aquesta línia es pronuncia l'Informe 14/2014, de 22 de juliol de la Junta Consultiva de la Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya: *"Así, la contratación menor, ... comporta una simplificación y una agilización procedimental que hay que calificar de eficientes y, sin duda, necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos. Por lo tanto, la finalidad de esta categoría contractual no es otra que posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretende cubrir".*

Tanmateix, la seva aplicació suposa l'excepció dels principis de llibertat d'accés a les licitacions i publicitat, així com la inaplicació del deure de salvaguarda de la lliure competència i de selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa, recollides a l'art. 1 LCSP, i també suposa una manca d'encaix en els principis inspiradors de la contractació pública (publicitat i concurrència entre d'altres) dret comunitari, que no reconeix expressament la figura del contracte menor.

Raó per la qual la contractació menor s'ha de restringir a l'àmbit de la seva configuració, és a dir, a un ús restrictiu per atendre necessitats puntuals d'import menor i de duració determinada i no a la "utilització" d'aquesta figura per atendre necessitats continuades, amb "parcel·lació" de les prestacions, amb l'objectiu d'eludir els principis generals de la contractació pública de llibertat d'accés a les licitacions i publicitat, fet que suposaria un ús fraudulent de la contractació menor.

Efectivament, en la utilització de la contractació menor analitzada es poden trobar irregularitats respecte: la superació dels límits econòmics establerts, la inobservança, per part del contractista, de la capacitat d'obrar i l'habilitació professional necessària per realitzar la prestació, l'existència de factures datades en data anterior a l'aprovació de la despesa, però la problemàtica principal és el fraccionament il·lícit del objecte del contracte per eludir les normes de publicitat i de concurrència.

En l'article 86 del TRLCSP es recull la figura del fraccionament de l'objecte del contracte, diferenciant entre⁷⁷:

- Fraccionaments irregulars/il·lícits:

L'article 86.2 del TRLCSP disposa que *"No es pot fraccionar un contracte amb la finalitat de disminuir-ne la quantia i eludir així els requisits de publicitat o els relatius al procediment d'adjudicació que corresponguin"*.

Aquest article intenta evitar la pràctica il·legal de divisió artificial en diferents expedients d'una despesa que constitueix una unitat, realitzada pel gestor de la contractació, i que té com a conseqüència eludir l'aplicació de la normativa de contractació.

- Fraccionament no irregular (divisió en lots)

L'article 86.3 del TRLCSP disposa que *"Quan l'objecte del contracte admeti fraccionament i es justifiqui així degudament en l'expedient, es pot preveure la realització independent de cada una de les parts mitjançant la divisió en lots, sempre que aquests siguin susceptibles d'utilització o aprofitament separat i constitueixin una unitat funcional, o ho exigeixi la naturalesa de l'objecte."*

Així mateix es poden contractar de manera separada prestacions diferenciades dirigides a integrar-se en una obra, tal com aquesta és definida a l'article 6, quan aquestes prestacions gaudeixin d'una substantivitat pròpia que permeti una execució separada, perquè les han de dur a terme empreses que disposin d'una determinada habilitació".

A diferència del fraccionament irregular, el fraccionament en lots no eludeix la publicitat i la concurrència, sinó al contrari, facilita la participació de les petites i mitjanes empreses en les licitacions. Però, en el cas concret, a la vista de la utilització de la contractació menor es pot afirmar que no estem davant de la figura de divisió en lots.

IV. INDICIS DE FRACCIONAMENT IRREGULAR DE L'OBJECTE DEL CONTRACTE ASSENYALATS PER LA DOCTRINA

⁷⁷ A l'Informe 14/2014, de 22 de juliol de la Junta Consultiva de la Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya "Así, de acuerdo con el artículo 86 del TRLCSP, existen fraccionamientos del objeto de los contratos irregulares y no irregulares..."

D'acord amb la doctrina jurídica a l'efecte, es procedeix a recollir, els possibles indicis, entre d'altres, que permet detectar si el fraccionament de l'objecte del contracte és contrari a normativa:

- Coincidència entre subjecte, objecte i causa

L'Informe 1/2010 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern de Canàries exposa que: *"existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos, es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos."*

Tanmateix, d'acord amb l'Informe 4/2010, de 29 d'octubre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa admet que *"El fraccionamiento del objeto de un contrato se produce con independencia de que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes"*.

- Necessitats permanents, previsibles i recurrents

L'Informe 14/2014 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya exposa que:

"En todo caso, tanto si es para cubrir necesidades periódicas o necesidades de carácter puntual, hay que adelantar ya ahora que el diseño de una contratación para cubrir necesidades conocidas o previsibles mediante la adjudicación de contratos menores respecto de partes o grupos de estas necesidades "cada año" y por el hecho de que "no superan el umbral de los 18.000 Eur. anuales", como se indica en el escrito de petición de informe, no sería lo más adecuado y conforme con la normativa de contratación pública, cuando no directamente contrario a ésta, según las circunstancias concurrentes en cada caso ...

... el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato...

... La suscripción de contratos menores sucesivos para la adquisición de bienes o servicios que se requieren repetidamente, por responder a necesidades de carácter recurrente, periódico o permanente, puede no ser el mecanismo más adecuado y más conforme con la normativa en materia de contratación pública para cubrir este tipo de necesidades e, incluso, puede llegar a ser contrario a aquella normativa, según las circunstancias concurrentes en cada caso".

En aquesta línia argumental, l'Informe 10/2014, de 28 d'abril de 2015, de la Comissió Consultiva de Contractació Pública de la Junta d'Andalusia conclou que:

"El contrato menor es un tipo contractual de carácter excepcional y su utilización procede para contrataciones específicas y no para contrataciones sucesivas que puedan producir un fraccionamiento irregular del contrato."

L'Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears recull que:

"se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aún así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento."

Més recentment, l'Informe 73/2018 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, que recull el criteri dels Informes 41/2017 i 42/2017: *"la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico"*.

- Fraccionament temporal

L'Informe 1/2009 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern de Balears estipula que *"puede hablarse de fraccionamiento cuando razonablemente se pueda prever que la prestación objeto del contrato tiene que mantenerse durante un periodo determinado que excede del plazo de ejecución o de la duración máxima previstas al inicio de la contratación"*.

- Valor estimat del contracte

L'art. 88. 5 TRLCSP preveu que: *"En els contractes de subministrament o de serveis que tinguin un caràcter de periodicitat, o contractes que s'hagin de renovar en un període de temps determinat, s'ha de prendre com a base per calcular el valor estimat del contracte alguna de les quantitats següents:*

a) El valor real total dels contractes successius similars adjudicats durant l'exercici precedent o durant els dotze mesos previs, ajustat, quan sigui possible, en funció dels canvis de quantitat o valor previstos per als dotze mesos posteriors al contracte inicial.

b) El valor estimat total dels contractes successius adjudicats durant els dotze mesos següents al primer lliurament o en el transcurs de l'exercici, si aquest és superior a dotze mesos.

L'elecció del mètode per calcular el valor estimat no es pot efectuar amb la intenció de sostreure el contracte a l'aplicació de les normes d'adjudicació que corresponguin."

En aquesta línia, l'Informe 14/2014, de 22 de juliol de la Junta Consultiva de la Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya exposa que: *"La previsión del artículo 88.5 del TRLCSP pretende asegurar que en el cálculo del valor estimado de los contratos se tenga en cuenta el importe total máximo que las contrataciones puedan alcanzar –por referencia al valor total, real o estimado, según si se toma en consideración el periodo anterior o el futuro, de los contratos sucesivos–, con la finalidad última de garantizar la correcta aplicación de la normativa de contratación pública y el respeto a los principios que la informan".*

- La unitat funcional o operativa

L'informe 31/2012, de 7 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha assenyalat que: *"la idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí, deberá ser la idea de que si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. En el caso de que constituyan una unidad operativa o sustancial y se divida el contrato, estaremos ante un fraccionamiento".*

L'informe 1/2017, d' 1 de febrer, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó especifica que: *"La unidad funcional es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como una aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran un contrato puedan cumplir por sí mismas una función económica o técnica ... Cabe entender que existe «unidad funcional» si las diferentes prestaciones que integran el contrato no pueden ser separadas sin que sufra menoscabo o detrimento la consecución del fin público perseguido, de modo que puede afirmarse que las prestaciones deben agruparse en un solo contrato en razón de la función que van a cumplir y no por su mayor o menor semejanza. En definitiva, todas las prestaciones orientadas a la consecución de una misma finalidad deben dar lugar a una sola respuesta contractual y no a una multiplicidad de ellas."*

- Intencionalitat i resultat de la vulneració de normes de publicitat i concurrència

L'Informe 1/09 de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat conclou que existeix una relació entre la prohibició de fraccionament indegut del contracte, i la unitat funcional: *"existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida éste con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad".*

En l'Informe 9/2009, de 15 de juny, de la Comissió Consultiva de Contractació Administrativa de la Junta d'Andalusia s'argumenta que el resultat fraudulent es produeix amb independència de la intencionalitat de l'òrgan de contractació d'evitar o no els principis de la contractació: *"es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus"*

actos. Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto."

V. FRACCIONAMENT IRREGULAR DE L'OBJECTE DEL CONTRACTE

Apunta l'Informe del Tribunal de Comptes nº 1151, de 27 d'abril de 2016, que *"la cobertura de una misma necesidad de carácter periódico y previsible a través de contratos anuales, supone incurrir en fraccionamiento al eludir el procedimiento de adjudicación"*.

Per una altra banda, cal tenir en compte l'Informe 1/09, de 30 de juliol de 2009, referent a la contractació successiva d'un assessorament jurídic *"La contratación sucesiva de la misma prestación o de prestaciones similares o análogas, en especial cuando son prestaciones consistentes en el asesoramiento jurídico de un órgano administrativo, que revelan una necesidad del servicio continuada en el tiempo, sin solución de continuidad, como en el caso que se somete a consulta, puede ser una indicación de que el órgano de contratación ha externalizado una función reservada al personal funcionario de carrera de conformidad con las normas que regulan la función pública."*

Cabe recordar que no se puede utilizar la contratación administrativa para evitar la aplicación de las normas que regulan la contratación de personal laboral o funcionario.

Así, si las prestaciones objeto del contrato corresponden a necesidades permanentes de la Administración reservadas a personal funcionario, se debería modificar la relación de puestos de trabajo y seguir el procedimiento que a estos efectos establece la normativa de función pública. En otro caso, se debería llevar a cabo la contratación del personal laboral o el nombramiento del personal funcionario interino de acuerdo con los procedimientos que correspondan en cada caso."

També amb caràcter general, *"se podría considerar que un contrato menor es contrario a derecho si el órgano de contratación, en el momento de iniciar la tramitación de este contrato, tiene conocimiento cierto — o podría tenerlo, si se aplicasen los principios de programación y buena gestión— de la necesidad de contratar una prestación determinada de carácter o naturaleza unitarios, perfectamente definida, cuyas características esenciales no pueden variar de manera sustancial, que se tiene que llevar a cabo necesariamente año tras año y que responde a una necesidad continuada en el tiempo, y, aún así, tramitase diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento"* (Informe 4/2010, de 29 d'octubre. Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern de les Illes Balears).

Efectivament, aplicat al cas concret, la contractació successiva de la mateixa prestació revelava una necessitat del servei continuat en el temps, sense solució de continuïtat, que va culminar, atesa la informació oferta per l'òrgan municipal afectat, amb el nomenament de la persona física adjudicatària com a funcionari/ària interí/ina de conformitat amb els procediments de selecció corresponents.

Respecte a les conseqüències del fraccionament irregular del contracte menor, sense entrar a fer una anàlisi exhaustiva sobre les possibles conseqüències que l'ordenament jurídic preveu per als

supòsits de fraccionament irregular en la contractació menor ens limitarem, als efectes pertinents, a citar aquí la postura seguida per la Junta Consultiva de Contractació d'Administrativa d'Andalusia en el seu Informe 9/2009, de 15 de juny: "Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la **nulidad de pleno derecho** a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad".

D'altra banda, l'**art 13 del Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona** relatiu a les pautes de conducta en matèria contractual que els seus destinataris han d'observar estableix en els seus apartats e, f, g, i h les de:

"e) **Planificar y programar** adecuadamente las necesidades públicas que tengan que ser objeto de contratación pública para garantizar la máxima eficiencia en el diseño del contrato y en el control de su ejecución.

f) Velar por el desarrollo de los procedimientos contractuales, de conformidad con los principios y los trámites fijados en la **normativa de contratación y las bases de ejecución del presupuesto**.

g) Velar por el uso de los procedimientos contractuales que posibiliten una mayor **concurrentia y publicidad**.

h) Impedir el **fraccionamiento de contratos con** la finalidad de evitar la aplicación del procedimiento de contratación que, en atención a la cuantía del contrato, fuera procedente"

I.II. CONTRACTACIÓ MENOR. INFORME DE NECESSITAT I IDONEÏTAT DEL CONTRACTE MENOR

La celebració d'un contracte menor exigeix, en tot cas, la tramitació d'un procediment administratiu. Per tant, la simplificació del procediment en la contractació menor no pot implicar l'absència dels tràmits o documents exigits en l'expedient de contractació.

L'art. 1 del TRLCSP, juntament amb els principis rectors de la contractació del sector públic, garanteix que *"s'ha d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, 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 a satisfer..."*, en aquesta línia l'art. 22.1 del TRLCSL relatiu a "Necessitat i idoneïtat del contracte i eficiència en la contractació" recull que *"Els ens, organismes i entitats del sector públic no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per al compliment i la realització dels seus fins institucionals. A aquest efecte, la naturalesa i extensió de les necessitats que pretenen cobrir-se mitjançant el contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per satisfer-les, s'han de determinar amb precisió i se n'ha de deixar constància en la documentació preparatòria 4, abans de començar el procediment encaminat a l'adjudicació"*.

La definició prèvia de les necessitats a satisfer és la decisió més discrecional de l'òrgan contractant perquè emmarca i condiona el procediment de contractació. En conseqüència, i atès l'articulat exposat, és exigència legal que a la documentació preparatòria de l'expedient de contractació s'ha de determinar adequadament la seva necessitat i deixar constància tant de la seva naturalesa com de l'extensió de les necessitats a cobrir pel contracte.

Respecte a la contractació menor, no s'eximeix l'obligació d'elaborar una justificació suficientment detallada de la necessitat de contractar, atès així mateix, a què la contractació menor s'ha de restringir a l'àmbit de la seva configuració, és a dir, a un ús restrictiu per atendre necessitats puntuals d'import menor i de duració determinada.

D'altra banda, cal portar a col·lació l'art. 86 del TRLCSP que especifica que *"L'objecte dels contractes del sector públic ha de ser determinat"*.

En el cas concret **dels expedients de contractació menor adjudicats a la persona física**, cal observar que:

- Els expedients de contractació menor de l'òrgan de contractació inclouen informes de necessitat i idoneïtat de l'autorització de la despesa, però **no es desprèn una prestació concreta i determinada**.

- Els expedients de contractació menor de l'òrgan de contractació **no inclouen informes de necessitat i idoneïtat**
- En tres expedients de contractació **no s'ha adjuntat documentació acreditativa** de la prestació del servei contractat i abonat.

I.III. CONTRACTACIÓ MENOR. RISC DE PRÀCTIQUES DE FAVORITISME O TRACTE DE FAVOR

La Guia d'Integritat en la contractació pública local recull que: "La existencia en la legislación española de un procedimiento excepcional como lo es el contrato menor, pone en entredicho los principios generales de la contratación en tanto que:

- Carece de publicidad por lo que limita la libertad de acceso a los procedimientos de contratación de potenciales licitadores.
- Restringe la libre competencia y la igualdad de trato entre operadores económicos. Lo cual afecta a la inaplicación del principio de transparencia, que tiene como objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora
- La falta de transparencia real afecta a la merma de eficacia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos y al principio de buena administración."

L'Oficina d'Antifrau de Catalunya introdueix el favoritisme com: "La noció de favoritisme és una traducció del terme "favoritisme" emprat a la bibliografia en llengua anglesa per englobar tot tipus de pràctiques de parcialitat o tracte de favor il·legítim per part d'un servidor públic a determinades persones o grups. Compren pràctiques com:

- el nepotisme o parcialitat a favor de familiars,
- l'amiguisme o pràctiques que afavoreixen les amistats, o
- el clientelisme o tracte de favor a persones o grups que han aportat donacions o recolzament electoral d'algun tipus al partit polític governant o afí al servidor públic que incorre en aquesta pràctica.

Qualsevol d'aquestes pràctiques de favoritisme constitueix un tipus concret d'abús de la posició pública en benefici privat. Per això, **incloem el favoritisme dins el concepte de corrupció política**".

A tal efecte, en l'àmbit de l'administració pública, a l'art. 53 de la Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat públic referent als principis ètics dels empleats públics recull "No aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, tanto por parte de personas físicas como de entidades privadas". Concretament en el Codi ètic de l'Ajuntament de Barcelona, aprovat en sessió plenària de 30 de juny de 2017 i publicat en el BOP de data 13 de setembre de 2017, es recull en l'article 5, entre d'altres, els següents principis ètics:

"e) **Igualtat:** garantiran la igualtat de tracte de totes les persones, evitant tota discriminació per raó de naixement, origen racial o ètnic, gènere, sexe, orientació sexual, religió o conviccions, opinió, discapacitat, edat o qualsevol altre circumstància i actuant sempre de manera objectiva.

g) **Imparcialitat:** actuaran de forma legítima i adoptaran les decisions amb imparcialitat, amb garantia de les condicions necessàries per a una actuació independent per tal de representar a tota la ciutadania i no pas a

determinats col·lectius o interessos polítics, i no condicionada per conflicte d'interès i sempre en benefici de l'interès públic.

L'exercici del càrrec ha de ser al servei exclusiu dels interessos generals i amb vocació de servei públic, sense incórrer en situació de conflicte d'interès, ja sigui real, potencial o aparent, i amb l'obligació d'abstenir-se de participar en aquells assumptes en què concorri algun supòsit legal d'abstenció o estigui en perill la imparcialitat, tal i com es desprèn dels imperatius legals.

i) Integritat: actuaran d'acord amb els valors, principis i normes d'aplicació en l'exercici del càrrec públic, amb absència d'influències d'interessos particulars, sense ús abusiu del seu càrrec, per obtenir beneficis indeguts."

Sense entrar a fer una anàlisi exhaustiva sobre les possibles conseqüències que l'Ordenament jurídic preveu per als supòsits de fraccionament irregular en la contractació menor ens limitarem, als efectes pertinents, a citar aquí la postura seguida per la Junta Consultiva de Contractació d'Administrativa d'Andalusia en el seu Informe 9/2009, de 15 de juny: "Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad".

CONSIDERACIONS RISC DE DELICTE DE PREVARICACIÓ ADMINISTRATIVA

L'art. 404 del Codi Penal, aprovat per LO 10/1995, de 23 de novembre, tipifica la prevaricació administrativa de la següent manera: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

La Jurisprudència s'ha pronunciat reiteradament sobre la subsumpció del tipus penal de la prevaricació administrativa de l'article 404 del Codi Penal en supòsits de fraccionament irregular de contractes menors que excedeixen d'una mera irregularitat administrativa.

En tal sentit és il·lustrativa, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial de Málaga (Secció 7^a, Melilla), Sentència núm. 1/2019 d'11 gener (i les que en ella es cites) al pronunciar-se sobre: "la contratación sucesiva con proyección temporal de los mismos Letrados externos a la Consejería de Bienestar Social y Sanidad, durante 10 años, para atender las actividades propias y permanentes del organismo público mediante un encadenamiento de contratos menores."

Així continua la referida Sentència que: "Todos los contratos, ..., tenían el mismo objeto. En ellos se pactó siempre un precio inferior al del contrato menor, según la legislación vigente en cada momento al tiempo de su suscripción, y el alcance temporal nunca excedió de seis meses. En todos los casos, los contratos se sucedían sin solución de continuidad.

El proceso de contratación se desarrolla a través de las siguientes etapas:

1ª.-Informes de Necesidad, elaborados por los Directores Generales. Consta la insuficiencia de los medios de

la Consejería para atender las funciones que le son propias y que pretendía ser colmadas con los contratos cuya legalidad se cuestiona.

2ª.- Informes de legalidad administrativa emitidos por los Secretarios en los que afirmaba la idoneidad del procedimiento de contratación directa y la adecuación de los expedientes de contratación a la normativa vigente en cada momento.

3ª.- Conclusión y resolución de cada expediente mediante la suscripción de los sucesivos contratos por la titular de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad.

En definitiva:

1º.- Se fraccionó el importe del contrato que es ajustado al límite cuantitativo del contrato menor y se acomodó la duración temporal de los contratos al límite de seis meses, pese a la naturaleza estructural y dotada de permanencia en el tiempo de la actividad.

2º.- Se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.

3º.- Los servicios de asesoramiento fueron siempre otorgados a favor de los mismos profesionales elegidos, durante 10 años en unos casos y 5 años en otro.

De este modo, el proceso de contratación descrito infringe la normativa administrativa sobre contratación pública. La ilegalidad del procedimiento de contratación de los servicios de asistencia técnico-jurídica tenía lugar mediante el fraccionamiento indebido de una actividad por naturaleza permanente y estructural del organismo que contrataba, a través de la utilización reiterada e ilegal del procedimiento correspondiente a los contratos menores, tanto por la cuantía, como por su duración, que determinaba en la realidad la omisión de todo proceso selectivo para la cobertura de las plazas mediante concurso público, con quiebra de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y libertad de acceso. Práctica que se extendió durante más de diez años ininterrumpidos en el caso de tres Letrados y cinco en el caso de un cuarto.

La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho.

El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones. En efecto, el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.

Como indica la Sentencia 188/2017 de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1941) del Tribunal Supremo "se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga

principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936) y STS 152/2015, de 24 de febrero (RJ 2015, 819), entre otras)".

Continua la referenciada Sentència afirmant que: *"... La ilegalidad e injusticia se centran en la omisión del procedimiento legalmente establecido mediante el empleo de la técnica del fraccionamiento con fines ilegítimos, vulnerando con ello el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965, 771, 1026) , que dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda. Y cuyo resultado fue la contratación con infracción de los principios de publicidad y concurrencia en la actividad de contratación desplegada.*

Estos principios básicos que presiden la normativa en materia de contratación por la Administración, vienen claramente establecidos en el artículo 11 número 1 del RDL 2/2000 (RCL 2000, 1400, 1779), que dispone que: "Los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley". La importancia del respeto a esos principios de publicidad y concurrencia cuya vulneración es lo que se imputa a los acusados (y lo que sustenta la condena impuesta en primera instancia) se potenció, aún más si cabe, en la regulación dada por la Ley 30/2007 (RCL 2007, 1964), que los plasmó en el primero de sus artículos, que establece que "La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos" .

Afegeix la referida Sentència que *"... El fraccionamiento de los contratos trascendió de la mera irregularidad administrativa. La arbitrariedad es patente y la actuación conllevó la exclusión de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia en la contratación pública durante un periodo de tiempo que se prolongó, al menos por lo que se refiere al caso enjuiciado, diez años.*

Es, por tanto, en esta reiterada subversión de la ratio legis, donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. Injusta en sentido legal por arbitraria, debido a que en la dilatada secuencia de actuaciones se dio bastante más que el simple incumplimiento ocasional de alguna de las exigencias legales vigentes en la materia, puesto que se actuó con desentendimiento de todas ellas, contratando con un criterio personalísimo y opaco allí donde el orden jurídico imponía el máximo de objetividad y transparencia, en doble garantía de la calidad de la elección y de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público.

En definitiva, se han vulnerado los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se ha impedido que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos a los servicios ofrecidos por la Consejería de la que es titular la acusada. Lo que supone, a diferencia de lo que entienden las defensas de los acusados, la producción de un resultado materialmente injusto, como nos dice la sentencia núm. 152/2015 de 24 de febrero (RJ 2015, 819)_del Tribunal Supremo.

Como señala la sentencia núm. 323/2017 (PROV 2018, 51866)_de la Audiencia Provincial de Pontevedra,

sección 2^a: "la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Se insiste en que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936), 152/2015, de 24 de Febrero, y 259/2015, de 30 de Abril (RJ 2015, 1720), entre otras)".

Y, a propósito del respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia nuestra jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 149/2015 (RJ 2015, 2588), tiene dicho que "estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".

..... que, en fraude de ley, del fraccionamiento en varios contratos para su acomodación a los límites cuantitativos de la contratación menor, contraviniendo deliberadamente la prohibición de fraccionamiento contenida en el artículo 68.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126), art. 74.2 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, y 86.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106). Que con esta práctica de dar a los contratos la apariencia de contratos menores, ... , a sabiendas de su injusticia, eludió las modalidades de adjudicación legalmente previstas, y de este modo impidió la concurrencia, soslayó la exigencia de fiscalización previa propia de la contratación no menor y evitó a la vez que la contratación se sustrajera a su ámbito competencial".

També significatiu és el criteri de la Jurisprudència majoritària expressat per l'Audiència Provincial de Màlaga, en la Sentència que ens ocupa (i les que en ella es citen) en relació a la concurrència de l'element subjectiu del tipus al afirmar que: "En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Es decir, el sujeto con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Por tanto, el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan las sentencias núm. 152/2015 de 24 de febrero (RJ 2015, 819) o 797/2015, de 24 de noviembre (RJ 2015, 6320), la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

Así configurado el elemento subjetivo del delito, la consideración de que la acusada carece de conocimientos jurídicos es irrelevante a los efectos de apreciar la conciencia de la ilegalidad y arbitrariedad en la celebración de los contratos con sujeción al procedimiento de contratos menores, mediante el fraccionamiento de una actividad permanente y la selección de los contratados para la prestación de los servicios sin sujeción a los principios de publicidad y concurrencia.

En aquest sentit la sentència núm. 222/2015, de 27 de març, de la Audiència Provincial de Càceres, secció 2^a, ens diu que: *"el conocimiento de los límites cuantitativos de los contratos menores, como también el de la prohibición de dividir un contrato ordinario en varios contratos menores "con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda" constituye una información básica y esencial de cualquier autoridad administrativa que habitualmente realice actividades de contratación, probablemente de lo primero que se aprende cuando se ejercen tales funciones por todas, STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre (RJ 1997, 6830))".*

Tampoco es aceptable el argumento de la exclusión del dolo en razón de su actuación con sujeción a la dirección técnica de los Secretarios Técnicos de la Consejería, limitándose a realizar lo que ya se venía realizado desde años anteriores a su toma de posesión como Consejera, con otros titulares, incluso de Gobiernos integrados por formaciones políticas distintas de la suya. Como dice la sentencia núm. 627/2006 de 8 junio (RJ 2006, 6295) del Tribunal Supremo "la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal".

Principio que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia núm. 1249/2014 de 22 de julio de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5^a, nos dice: "en cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado ante este tipo de situaciones señalando que la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal (sentencia núm. 627/2006 de 8 junio (RJ 2006, 6295)), y que aquél a quién se aplica la En parecidos términos, a propósito del conocimiento de la observancia de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, libre competencia y oferta económica más ventajosa en el ámbito de la contratación de los gestores de un consorcio público, la sentencia núm. 559/2017 de 7 de junio de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3^a, nos dice que: "por la propia naturaleza de los cargos que ocupaban, de alta dirección, se les suponía experiencia y capacitación más que suficiente para saber el régimen jurídico aplicable. Y más si cabe tras la publicación de la Ley 30/2007 (RCL 2007, 1964), de Contratos del sector público".

"Ley no puede considerar violado el citado principio constitucional de legalidad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992.

Muy descriptiva es la STS 235/14, ante un supuesto en el que se alegaba algo parecido, afirma que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso".

En idèntic sentit la sentència núm. 559/2017, de 7 de juny, de l'Audiència provincial de Badajoz, diu: "no cabe escudarse en el uso o la costumbre para perpetuar en el tiempo un comportamiento que contraviene de forma patente los principios de la contratación pública. Que se siga haciendo lo que desde el inicio se hizo mal, no subsana lo mal hecho. El hábito no diluye la responsabilidad. Y menos cuando directa o indirectamente se recibían advertencias para respetar la legalidad".

Igualmente, es irrelevante la ausencia de la previa advertencia de ilegalidad por los Secretarios Técnicos o del Interventor, a los efectos de apreciar la consciencia de la ilegalidad de la recurrente.

Antes que nada, como veremos, los informes de los Secretarios Técnicos no eran necesarios para adoptar la resolución, sino que fue una exigencia del Interventor.

En todo caso, tal advertencia no es requisito necesario para que la conducta pueda ser calificada de prevaricación, debiendo atenderse a las circunstancias del caso, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 986/2005, de 21 de julio (RJ 2005, 6729), señala que: "En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica. Se pretendería de este modo que la resolución, pese a su arbitrariedad e injusticia, no fuese punible si se hubiera omitido tales advertencias. Los recurrentes insisten en la expuesta opinión, evidentemente errónea, porque las advertencias de ilegalidad, a las que el Código Penal (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) no alude, habrán de valorarse, si existen, como elementos añadidos de convicción para la apreciación del dolo en la producción del acto administrativo injusto, sin perjuicio de que su eventual inexistencia pudiera comportar responsabilidad exigible al funcionario omitente de su obligación profesional. En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible".

Respecte a aquest criteri, resulta especialment rellevant per el cas que ens ocupa (la contractació successiva d'una persona física) la transcrita conclusió del Tribunal en relació a que: *"En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica"* o a que: *"... Igualmente, es irrelevante la ausencia de la previa advertencia de ilegalidad por los Secretarios Técnicos o del Interventor, a los efectos de apreciar la consciencia de la ilegalidad de la recurrente",* o a que: *"... En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible".*

I això, per quant, el Tribunal arriba a aquella conclusió condemnatòria malgrat l'existència de informes de legalitat (evacuats per tècnics i pel Secretari) que avalaven la decisió de formalitzar els contractes menors objecte de condemna. Sent aquesta circumstància especialment il·lustrativa aquí ja que, en relació als contractes menors subscrits amb la persona física, existien reiterats informes de legalitat contraris a la dita pràctica contractual portada a terme i advertint dels riscos legals de

naturalesa penal i administratius que podien comportar. En concret els dictats pel/la Secretari/ària Delegat/ada i del/de la Cap del Departament d'Administració de l'òrgan de contractació que consten relacionats en el cos de la recomanació.

Continuant amb les referències jurisprudencials relatives a la concurrència del delictes de prevaricació en supòsits de fraccionament irregular de contractes menors trobem, així mateix, la Sentència de l'Audiència Provincial d'Astúries, núm. 440/2018 de 25 d'octubre. En ella, el Tribunal recorda que : "... se impone recordar que tal y como señala la doctrina jurisprudencial, entre otras sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 ... el bien jurídico protegido- por el delito de prevaricación- estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución , que impone a los poderes públicos "el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Para que aflore el delito de prevaricación será preciso:

- 1) *El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo.*
- 2) *Que sea contraria a derecho, es decir, ilegal.*
- 3) *Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una **argumentación jurídica** mínimamente razonable.*
- 4) *Que ocasione un resultado materialmente injusto.*
- 5) *Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho.*

Por **resolución**, por tanto, ha de entenderse "el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisivo, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea expresa, tácita, escrita u oral, ya que lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, recayente sobre un asunto administrativo".

Resolución arbitraria, equivale a resolución "objetivamente injusta", "en abierta contradicción con la ley" y de "manifiesta irracionalidad", hasta el punto de que sea posible afirmar que la resolución dictada no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto agente, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad" afegint que: "... Los expresados expedientes se corresponden con obras proyectadas en la misma edificación que se ejecutaron simultáneamente y que podían haber sido objeto de un único proyecto.

Tales datos, cuya realidad objetiva se impone, permite sustentar, coincidiendo con lo concluido por el juez de instancia, que los expedientes de referencia, fueron tramitados como contratos menores sujetos a requisitos menos estrictos de conformidad con la normativa vigente y en abierta contradicción con lo establecido en el art. 95 de la LCSP (RCL 2017, 1303y RCL 2018, 809), cuando en realidad, como ya se indicó, se trataba de una única obra a ejecutar en la misma edificación y dentro del mismo proyecto, siendo así que la intervención de los hoy recurrentes en su origen y desenvolvimiento, resulta plenamente acreditada.

... siendo así que las obras recaían sobre el mismo objeto y eran de ejecución simultánea por parte de la misma empresa. No cabe justificar su conducta aludiendo a la existencia de informes favorables, pues aparte

de comprobarse que los mismo son de índole técnica, la jurisprudencia señala que" la ausencia de reparos o control por parte del órgano concernido no borra la arbitrariedad de la resolución, puesto que solo patentiza la falta de efectividad de su fiscalización" y ello sin obviar que, como acertadamente señala el Mº Fiscal, el ámbito de la contratación menor no está sujeta a fiscalización, requiriéndose únicamente la comprobación de la existencia de crédito y la aprobación del gasto".

"..., indicativo todo ello, según la experiencia nos enseña, de una práctica frecuente en la administración, de "cubrir formalmente "una plural concurrencia, que no se corresponde con la realidad, al estar de antemano las obras adjudicadas a una de las empresas, consideración que ahonda en la incriminación del recurrente, sin que a ello obste la circunstancia invocada atinente a la ausencia de obtención de beneficio alguno, tributario de dicha conducta, por cuanto tal circunstancia es la que motiva la acusación y subsiguiente condena a título de delito de prevaricación que no requiere para su apreciación, la consideración de aquel aspecto.

Resulta así adverbada la conducta desarrollada por los recurrentes y consiguiente atribución, en la forma que se contiene en resolución impugnada, de la que resulta una omisión del procedimiento legalmente establecido obviando, a través del recurso a la contratación menor, los trámites esenciales y más estrictos, requeridos por la naturaleza y configuración de la obra, soslayando el procedente procedimiento abierto y con publicidad, con la consiguiente e injusta exclusión de otras empresas.

En tal sentido la jurisprudencia, entre otras la sentencia del TS nº 18/2014, de 23 de enero (RJ 2014, 1002), recuerda otra sentencia en la que conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (sentencia del TS nº 2340/2001, de 10 de diciembre (RJ 2002, 1791) ; EDJ 2001/55046).

La omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Se insiste en que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones (sentencias del Tribunal Supremo 18/2014, de 13 de Enero, y 152/2015, de 24 de Febrero (RJ 2015, 819), entre otras). El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (sentencias del Tribunal Supremo 743/2013, de 11 de Octubre (RJ 2013, 6936), 152/2015, de 24 de Febrer , y 259/2015, de 30 de Abril (RJ 2015, 1720), entre otras)."

De igual forma es pronuncia l'Audiència Provincial de Alicante, entre d'altres, en la seva Sentència de 28 d'octubre de 2019: "... Durante los meses de noviembre y diciembre de 2016 contrató, empleando la figura del contrato menor de servicios (cuyo importe, sin incluir el IVA, no puede exceder de 18.000 euros), un total de veinticinco operaciones con diferentes empresas por un importe acumulado de 189.762'86 euros produciéndose el fraccionamiento, deliberado y reiterado por los acusados, de los objetos de las prestaciones a fin de eludir la normativa vigente en materia de contratación administrativa, que exige respeto a los principios de publicidad y concurrencia en nueve de ellos..."

Dichas nueve contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios, llegando a superarse en uno de ellos por un céntimo ...". "Ahora bien de estas 25 facturas nueve de ellas superan la mera irregularidad administrativa ... Respecto a estas nueve facturas, los acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

La finalidad del contrato menor es posibilitar a las Administraciones Públicas una rápida satisfacción de necesidades que, por su escasa cuantía y duración temporal, resulte necesario adjudicar de manera directa a cualquier empresario con capacidad de obra y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a través de un procedimiento sencillo y ágil, en el que se excepcionen los principios de publicidad y concurrencia. Este tipo de contratos, según el precepto indicado, pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el art. 111.

Por tanto, para esta tipología de contratos, se ha simplificado el procedimiento, de tal manera que el expediente estará conformado por la aprobación del gasto por el órgano competente y la factura correspondiente, englobándose en ese acto la liquidación del contrato.

El artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público dispone que: "1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo.

2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo.

3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal".

Por su parte, el artículo 111 dispone que: "1. En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

La cuestión controvertida es determinar si es necesario que exista un solo contrato o es posible el fraccionamiento en contratos menores. En primer lugar, hay que indicar que solo son exigibles los requisitos literalmente previstos en la ley (actuales artículos 111 y 138.2ª): Como dice el informe de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 38/05, de 26 de octubre de 2005 "con los contratos menores se suprimen la realización de determinados trámites y requisitos exigiendo el cumplimiento de los requisitos imprescindibles. La conclusión a la que llegan los informes 40/1995 de 7 de marzo, 13/96, de 7 de marzo de 1996 y 10/98, de 11 de junio de 1998 es que "La celebración de un contrato menor sólo o únicamente requiere los requisitos establecidos en los actuales artículos 111 y 138.2º.

El problema primordial se encuentra en evitar los fraccionamientos del contrato que buscan eludir, mediante la utilización de contratos menores, las normas de publicidad y concurrencia que establece tanto las Directivas Europeas como el TRLCSP. Como decimos, el problema fundamental de los contratos menores, a pesar de la escasa documentación que forma el expediente, no surge sobre el precio o sobre la prestación, ejecución del contrato o sobre si el contratista tiene o no capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. El problema primordial se encuentra en evitar los fraccionamientos del contrato que buscan eludir, mediante la utilización de contratos menores, las normas de publicidad y concurrencia que establece tanto las Directivas Europeas como el TRLCSP. Tal y como la doctrina afirma, se considerará que existe un fraccionamiento que incumple el art. 86.2 TRLCSP siempre que no se respete el concepto de unidad operativa o funcional. Lo difícil es determinar cuándo las distintas prestaciones son susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado porque forme una unidad funcional.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado comienza a cambiar de criterio en este caso, mediante informe nº 12/15, de 6 de abril de 2016 (EDD 2016/88533), en el que considera necesario:

"... revisar la interpretación dada en el pasado por ella al artículo 86.3 del TRLCSP en atención al nuevo contexto (...). Concretamente nos referimos al nuevo contexto normativo que mediante diversas iniciativas a nivel comunitario y a nivel nacional pretende mejorar las políticas de apoyo institucional al emprendimiento y, por lo tanto, a las PYMEs... Y a nivel nacional cabe destacar, entre otras iniciativas, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Es en relación con este contexto cómo la Junta Consultiva debe reinterpretar el artículo 86.3 del TRLCSP, en el sentido de flexibilizar su aplicación, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.

En resumen esta Junta Consultiva considera que en atención al nuevo contexto la finalidad de favorecer el acceso de las PYMEs a la contratación pública debe ser considerada como una justificación válida para que los órganos de contratación puedan proceder a realizar una división en lotes del objeto del contrato amparándose así en el supuesto que contempla el artículo 86.3 que reza "siempre que (...) así lo exija la naturaleza del objeto".

Así las cosas podemos extraer la conclusión en cuanto al concepto de "unidad operativa o funcional" es que no existen criterios generales o más bien se trata de un concepto jurídico indeterminado, en el que hay que acudir a la casuística para determinar si existe o no la unidad funcional y, por tanto, si se produce un fraccionamiento indebido del objeto del contrato. La premisa básica será siempre el no evitar la publicidad y concurrencia, porque la línea que marca lo correcto de lo incorrecto estriba, fundamentalmente, en la publicidad y concurrencia.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con veinticinco contratos menores de servicios que no superan los 18.000 euros, salvo uno de ellos.

El artículo 86 de la LCSP dispone que: "1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. 2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto. Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación. En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2".

Resulta evidente que existía una "unidad operativa y funcional" que obligaba a formalizar un único contrato. No había motivo alguno para contratar independientemente cada una de las cartelerías, las actividades se desarrollaron dentro de una misma actuación dinamizadora, no había urgencia y menos aun cuando se contrató a la misma empresa teniendo las facturas una diferencia de fechas de sólo diez días.

En el ámbito penal, la Jurisprudencia exige, para que se dé el delito previsto en el artículo 404 del Código Penal, no sólo que el sujeto activo del delito de prevaricación administrativa tenga la consideración de autoridad o de funcionario público, sino que: 1) Adopte una decisión en asunto que le esté encomendado en consideración a su cargo, único supuesto en el que pueden dictarse resoluciones o decisiones de orden administrativo; 2) Que la resolución sea arbitraria, en el sentido de contradictoria con el derecho, lo que puede manifestarse no sólo por la omisión de trámites esenciales del procedimiento, sino también por la falta de competencia para resolver o decidir entre las opciones que se ofrecen sobre una cuestión concreta, o también por el propio contenido sustancial de la resolución, esto es, que en todo caso la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y 3) Que se dicte a sabiendas de esa injusticia o, lo que es lo mismo, que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar contra los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión (SSTS 443/08, de 1 de julio, 1021/13, de 26 de noviembre, ó 693/2018, de 21 de diciembre, entre muchas otras).

La prevaricación administrativa precisa así de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados, si bien el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la norma praxis administrativa de una

manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad pues, como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona ...". Y continúa diciendo la sentencia citada: "la existencia de la ilegalidad administrativa que el tipo penal impone, asentándose la conclusión en una fundamentación jurídica que resalta que el artículo 122 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, limitaba el sistema de adjudicación directa a aquellos contratos que tuvieran un importe inferior a 50.000 euros, y destacando también la sentencia que conforme con el artículo 74.2 del mismo texto normativo, no puede fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo, eludiendo así los requisitos de publicidad o las exigencias del procedimiento de adjudicación que correspondan."

En todos los contratos ... se pactó siempre un precio inferior al del contrato menor.

1º.-Se fraccionó el importe del contrato que es ajustado al límite cuantitativo del contrato menor.

2º.-Se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.

3º.-Los servicios fueron siempre otorgados a favor de los mismos profesionales elegidos.

De este modo, el proceso de contratación descrito infringe la normativa administrativa sobre contratación pública. La ilegalidad del procedimiento de contratación de los servicios tenía lugar mediante el fraccionamiento indebido de una actividad por naturaleza permanente y estructural del organismo que contrataba, a través de la utilización reiterada e ilegal del procedimiento correspondiente a los contratos menores por la cuantía, que determinaba en la realidad la omisión de todo proceso selectivo para la cobertura de las plazas mediante concurso público, con quiebra de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y libertad de acceso. El fraccionamiento de los contratos trascendió de la mera irregularidad administrativa. La arbitrariedad es patente y la actuación conllevó la exclusión de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia en la contratación pública.

Es, por tanto, en esta reiterada subversión de la ratio legis, donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. Injusta en sentido legal por arbitraria, debido a que en la dilatada secuencia de actuaciones se dio bastante más que el simple incumplimiento ocasional de alguna de las exigencias legales vigentes en la materia, puesto que se actuó con desentendimiento de todas ellas, contratando con un criterio personalísimo y opaco allí donde el orden jurídico imponía el máximo de objetividad y transparencia, en doble garantía de la calidad de la elección y de la igualdad de oportunidades en el acceso al sector público.

En definitiva, se han vulnerado los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se ha impedido que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos a los servicios ofrecidos por el Ayuntamiento del que es titular el acusado Juan Carlos. Lo que supone, a diferencia de lo que entienden las defensas de los acusados, la producción de un resultado materialmente injusto, como nos dice la sentencia núm. 152/2015 de 24 de febrero del Tribunal

Supremo... Y, a propósito del respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia nuestra jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 149/2015, tiene dicho que "estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".

Respecto de los acusados Juan Carlos y Argimiro, este delito está, además, en continuidad delictiva, al cumplirse los requisitos del art. 74.1 CP. Constan acreditadas una pluralidad de actuaciones diferenciadas atribuibles a los mismos acusados en relación con el mismo sujeto pasivo (el Ayuntamiento de Alicante), en una secuencia temporal que transcurre en el periodo expresado, con comportamientos similares que infringen el mismo precepto legal.

En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Es decir, el sujeto con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración."

Respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal dispone la Sentencia. "Por tanto, el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo 152/2015, de 24 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-02-2015 (rec. 20222/2012) o 797/2015, de 24 de noviembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 24-11-2015 (rec. 599/2015), la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido ... Tampoco es aceptable el argumento de la exclusión del dolo en razón a que se limitaron a realizar lo que ya se venía realizando desde años anteriores a su toma de posesión. Como dice la sentencia núm. 627/2006 de 8 junio del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 08-06-2006 (rec. 282/2005) "la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal". Principio que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia. Así, la sentencia núm. 1249/2014 de 22 de julio de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5ª, nos dice: "en cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya se ha pronunciado ante este tipo de situaciones señalando que la persistencia en una ilegalidad no convierte al acto administrativo en legal (STS 627/06, de 8 de junio, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 08-06-2006 (rec. 282/2005), y que aquél a quién se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional de legalidad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992. Muy descriptiva es la STS 235/14, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 18-03-2014 (rec. 10618/2013), ante un supuesto en el que se alegaba algo parecido, afirma que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso".

En idéntico sentido la sentencia núm. 559/2017 de 7 de junio de la Audiencia provincial de Badajoz, dice: "no cabe escudarse en el uso o la costumbre para perpetuar en el tiempo un comportamiento que contraviene de forma patente los principios de la contratación pública. Que se siga haciendo lo que desde el inicio se hizo mal, no subsana lo mal hecho. El hábito no diluye la responsabilidad. Y menos cuando directa o indirectamente se recibían advertencias para respetar la legalidad".

En conseqüència, a la vista de la jurisprudència referenciada i a la que, a la seva vegada, en ella es cita i als efectes que aquí es tracten adquireixen una indiscutible rellevància els informes de legalitat que reiteradament s'han evacuat en la sèrie contractual analitzada ja que advertien i posaven en evidència sobre la irregularitat del fraccionament dels contractes menors que la conformaven.

I.IV. CONTRACTACIÓ MENOR. RÈGIM D'INCOMPATIBILITATS

Les regles sobre el règim d'incompatibilitats en el sector públic són una via per preservar els principis d'eficàcia, qualitat, objectivitat, interès general, neutralitat, imparcialitat i independència de la funció pública. Respecte al principi d'objectivitat, la Sentència 172/1996 del Tribunal constitucional afirma que *«las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar su objetividad de actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquélla y ésta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores (art. 103 CE)»*

En el cas concret, i en atenció als Acords adoptats per la Comissió de Govern en la sessió ordinària XXX, la persona funcionària interina té autoritzada la compatibilitat sol·licitada entre la seva activitat municipal i l'activitat privada per compte propi. Si bé l'autorització de la compatibilitat resta condicionada a l'estricta compliment dels deures públics, a les prohibicions i altres previsions que es contenen en la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del Personal al Servei de les Administracions Públiques, la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del Personal al Servei de l'Administració de la Generalitat i a la resta de normativa d'aplicació. En el Preàmbul de la Llei 53/1984 s'exposa que el principi fonamental de la normativa és *"la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia"*.

L'articulat de l'esmentada llei diferencia entre:

- la compatibilitat de l'activitat pública amb un segon lloc de treball o activitat en el sector públic (Capítol III. Activitats públiques)
- la compatibilitat de l'activitat pública amb una activitat privada (Capítol IV. Activitats privades)

A tal efecte, procedeix concretar el concepte d'activitat pública d'acord amb l'article 1.1 de la citada Llei que regula que: *"A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismo y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria"*.

Amb el mateix literal es configura l'activitat pública en l'art. 1 de la Llei 21/1987, de 26 de novembre d'incompatibilitats del Personal al Servei de l'Administració de la Generalitat. Per una altra banda, l'article 3 de la Llei 53/1984 i l'art. 4 de la Llei 21/1987 estableix que: *"En todo caso la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público"*. Revisat el portal de tràmits de

l'Ajuntament de Barcelona, en relació a les instàncies per sol·licitar la compatibilitat, existeixen dos models d'instància:

- Sol·licitud de compatibilitat per a activitats públiques
- Sol·licitud de compatibilitat per a activitats privades

En atenció als Acords de Comissió de Govern exposats, l'autorització de la compatibilitat es refereix a "Autoritzar la Compatibilitat entre la seva activitat municipal com a persona funcionària interina i l'activitat privada per compte propi com a ...". Dit això, no entrarem aquí a valorar la naturalesa pública o privada de les activitats portades a terme per la persona funcionaria i contractades per l'òrgan municipal després de la seva presa de possessió com a persona funcionària interina de l'Ajuntament de Barcelona. I això per quant, ens centrarem en l'anàlisi d'un pressupost previ com és el de les causes de prohibició de contractar lligades a una causa de incompatibilitat i del conflicte d'interès com un dels seus *leitmotiv*.

En aquest sentit cal recordar que la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat s'havia pronunciat al respecte en diverses ocasions negant la possibilitat de que un funcionari pogués contractar amb l'Administració a la que pertanyia. Entre d'altres en els seus informes: 44/03, de 17 de novembre de 2003. "Incompatibilidades para contratar de funcionarios de la Administración Local y concejales" (Clasificación de los informes: 6.2 Prohibiciones para contratar. Incompatibilidades) i el 16/2002, de 13 de juny de 2002 "Incompatibilidades de funcionarios y cónyuges para contratar con la Administración (Clasificación de los informes: 6.2. Prohibiciones de contratar: Incompatibilidades."

Així, la Junta Consultiva, en el primer informe referenciat, estableix: "... Por lo que respecta a funcionarios el artículo 20, letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considera causa de prohibición de contratar el estar incurso la persona física o administrador de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 28 de septiembre, debe entenderse hecho a los funcionarios sujetos a su ámbito de aplicación, por tanto a los funcionarios de la Administración local, según su artículo 2.1, letra c), sin que pueda circunscribirse a las actividades comprendidas en las letras c) y d) de su artículo 12, pues a éstas últimas no puede quedar limitada la incompatibilidad para contratar. En este sentido, el informe de esta Junta de 30 de enero de 2002 expediente 45/01) declara que "los preceptos de la Ley de incompatibilidades deben ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas, pues, a parte de la dificultad de desentrañar los términos abstractos de "empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, Servicios o suministros o arrendatarios o administradores de monopolios o con participación o aval del sector público" dado que, por ejemplo, la condición de contratista se adquiere una vez y no con anterioridad a la adjudicación del contrato no es misión de la Ley de Incompatibilidades, sino de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determinar los específicos contratos a los que se aplican las prohibiciones de contratar y ya hemos visto que esta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas". Descartando por tanto, que las prohibiciones para contratar puedan limitarse a los supuestos del artículo 12.1, letras c) y d , de la Ley de Incompatibilidades procede responder a la primera cuestión suscitada que el cónyuge de un funcionario que presta sus Servicios en la Diputación Provincial de Huesca están incursos, tanto el funcionario como el cónyuge, en la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar con dicha Administración, de conformidad con el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas..."

Afegeix el segon dels Informes referenciats que: "... 3. También sobre la apreciación de esta causa de prohibición de contratar en los contratos menores, ..., también se ha pronunciado esta Junta en su informe de 13 de noviembre de 2001 (expediente 29/01) y los que en el mismo se citan declarando lo siguiente: "Respecto a la circunstancia de tratarse de contratos menores, aunque en un futuro pueden dejar de merecer tal calificativo, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado – dos informes de marzo de 1996 (expediente 40/195 y 13/96) – en el sentido de que los requisitos del artículo 11 la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra b) referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acreditación de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra b) y 20, letra e) , de la propia Ley". Per continuar, en la seva Consideració Jurídica 4: "Se plantea también la cuestión de si la apreciación de la prohibición de contratar ha de realizarse en relación con la Administración contratante y, si es posible dicha apreciación aunque el funcionario o su cónyuge no presten Servicios en el departamento que tiene por objetos o tramita la celebración del contrato. La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la Administración contratante, a la que pertenezca el funcionario, pues así se deduce fundamentalmente del examen comparativo de las causas enunciadas en el artículo 20, dado que los artículos 18 y 19 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se distingue claramente entre aquellas causas de prohibición de contratar cuya apreciación requiere la tramitación de expediente y que pueden producir efectos generales ante todas las Administraciones Públicas y las causas de apreciación automática, cualquiera de las cuales, como es la de incompatibilidad de un funcionario, no pueden producir ese efecto general..." concluyendo: "La conclusión sentada- incompatibilidad con la Administración Contratante resuelve el problema planteado de si es posible descender a nivel organizativo inferior (departamento, negociado, sección, etc..) para apreciar o no la incompatibilidad, pues ni en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley, ni en la normativa sobre incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas –Ley 53/1984, de 26 de diciembre- puede hallarse precepto alguno que justifique tal posibilidad ..."

Cal dir que els informes transcrits es fonamenten en la Llei de Contractes de les Administracions Públiques. No obstant això, el tenor del l'article 60, 1, g) Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, que es reproduïx (als efectes que ens ocupen), en el vigent article 71, g) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic perfila i amplia els supòsits contemplats a l'article 20, e) de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, així, per exemple, augmentant l'àmbit dels subjectes als quals afectarà la prohibició de contractar per incompatibilitat introdueix expressament la figura del "conflicte d'interès" com a element determinant per estendre o no aquesta prohibició de contractar respecte "... a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero".

Extrem aquest que ha de posar-se en relació amb el que disposa el seu article 64 de la LCSP, entre d'altres: a) imposa als òrgans de contractació l'obligació de *"... tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores."* b) Introdueix, fins i tot, la figura del conflicte d'interès aparent i c) i commina a tot el que tingui coneixement d'un possible conflicte d'interès a posar-ho en coneixement de l'òrgan de contractació.

L'Informe 11/2018 de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat expressa que *"respecto al concreto significado de la expresión "conflicto de intereses", el artículo 64 de la Ley 9/2017, en consonancia con el artículo 24 de Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece en su apartado 2 que: «a estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.» Corresponderá al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar."*

Sense poder oblidar, en aquesta mateixa línia, l'objecte i finalitat de la vigent Llei de Contractes del sector Públic recollits a l'apartat 1 del seu article 1 *"... garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos ... la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia ..."*

I en aquest sentit a l'Informe de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat 31/15, de 13 de juliol de 2017: *"Interpretación de la nueva redacción de las prohibiciones de contratar del art.61, 1, g). (Ayuntamiento de Alcadía). Clasificación del Informe. 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales. 6.2. Incompatibilidades. 18. Otras cuestiones de carácter general"* s'afirma, referint-se al citat article 60 del TRLCAP, que: *"... Por lo que hace a los supuestos de incompatibilidades, la norma atiende a cualquier supuesto legal de incompatibilidad y, particularmente, al previsto en el Artículo doce 1. c) de la ley 53/84 de la Ley que veda a los empleados públicos sujetos a la norma el desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas, sin que la referencia al conflicto de intereses pueda considerarse aplicable a este supuesto, de modo que la mera existencia de la incompatibilidad genera la prohibición de contratar ..."*

I l'informe 16/2014 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent) també establí que: *"... La denominada prohibición de contratar por incompatibilidad, a la cual hace referencia la cuestión objeto de este informe, es una de estas prohibiciones de contratar de apreciación automática y directa por el órgano de contratación y, por lo tanto, sólo produce efectos en relación con el ámbito de actuación sobre el cual el órgano de contratación ejerce las funciones*

que tiene atribuidas en el ámbito de su competencia (3). Por su parte, la normativa sobre incompatibilidades, a la cual remite para su aplicación el artículo 60.1.f del TRLCSP, y, especialmente el artículo 11.1 de la Ley 53/1984, establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la ley no puede ejercer actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolla el departamento, el organismo o la entidad en que presta servicios." Senyalant la nota 3 a peu de pàgina referenciada que: "(3) Este argumento es el que utiliza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 16/2002, de 13 de junio de 2002, y la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en su Informe 3/2009, de 8 de junio, entre otros, para justificar que la prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la administración contratante..."

Així mateix, als efectes dels citats art. 71.1 g) i art. 64 de la Llei 9/2017, atenent a la reiteració de contractació, i la possible concurrència d'una causa de prohibició per contractar i d'un conflicte d'interès entès com "a estos efectos, el concepto de conflicto de interés abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al Servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación" (art 64,2 LCSP).

Realitzades les anteriors consideracions, es van evacuar les següents recomanacions:

RECOMANACIÓ

Examinada la documentació i la informació que consta en els expedients, i analitzada la normativa d'aplicació, per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritant la prevenció per sobre de les conductes reactives, i atès:

a) als indicis de fraccionament irregular de la contractació menor per part de la Gerència XXX com a òrgan de contractació detectats en el present cas.

b) a l'existència de pràctiques contractuals similars (compatibles amb possible fraccionament irregular de la contractació menor) per la mateixa Gerència XXX.

c) a què ja en data XXX consten advertències respecte d'aquestes pràctiques contractuals a la dita Gerència i dels riscos jurídics i de responsabilitats que podrien entranyar mitjançant l'Informe relatiu a la "Contractació de l'any XXX", elaborat en aquella data pel Departament de Serveis Jurídics i el Departament d'Administració i Personal de la Gerència. Cal recordar que en ell s'assenyala expressament dintre dels tres primers proveïdors que van facturar més de 18.000 euros més IVA en contractes menors de serveis.

d) a què també, com s'ha dit, la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona alertava sobre irregularitats en matèria de contractació menor en l'àmbit de la Gerència de XXX al seu informe de XXX d'XXX de 2016, i al qual ens remetem.

e) als riscos d'incórrer en responsabilitats de diferent naturalesa (administratives, comptables, penals..) així com als perjudicis reputacionals que del manteniment

d'aquestes pràctiques contractuals poden derivar-se pel propi Ajuntament de Barcelona. En aquest sentit cal recordar les conseqüències, entre d'altres, reputacionals i d'imatge generades arran de la publicació de l'informe del Tribunal de Cuentas (nº 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de novembre de 2019 en el qual s'evidencien irregularitats com les detectades.

Des d'aquest òrgan gestor de la Bústia, en l'àmbit de l'exercici del compliment de la normativa d'aplicació i de les bones pràctiques, procedeix a formular les següents recomanacions:

I. Recomanacions específiques respecte als expedients de contractació objecte de la present investigació:

- Donar trasllat de les recomanacions a la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona a la vista del seu contingut i en atenció a les competències que legalment té atribuïdes.

- L'anàlisi i control financer dels contractes menors objecte d'aquestes recomanacions per part de la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona i que a la vista dels seus resultats s'adoptin les mesures legals pertinents i, de ser el cas, es depurin les responsabilitats, de qualsevol mena, en què es pogués haver incorregut. Interessant, a l'empara del que disposen les Normes Reguladores de la Bústia Ètica, que del mateix es doni trasllat a aquesta Direcció d'Anàlisi als efectes del seu seguiment.

- Donar trasllat de les recomanacions a la Secretaria General de l'Ajuntament de Barcelona, en virtut de les funcions que li reconeix, entre d'altres, el Reial Decret 128/2018, de 16 de març, regulador del règim jurídic dels funcionaris d'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional.

- Donar trasllat al Comitè d'ètica de l'Ajuntament de Barcelona per si els fets poguessin ser constitutius d'infracció del codi ètic en matèria de contractació pública (article 13, en especial apartats e) a h)) així com pel que es refereix al conflicte d'interès (article 8).

- Donar trasllat de les recomanacions a la Gerència referida, doncs segons consta a l'Informe de control financer de la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona: "Revisió limitada de contractes menors - XXX" de l'Ajuntament: "... li correspon a l'òrgan gestor, coneixedor dels objectes contractuals, especificar de forma detallada i fonamentada si s'han produït o no fraccionaments contractuals ..."

II. Recomanacions genèriques respecte els expedients de contractació menor de la Gerència:

- Que es practiqui una auditoria en relació a la contractació menor portada a terme per la Gerència, en atenció: a) a les consideracions de l'Informe de XXX relatiu a la Contractació de l'any XXX emès conjuntament pel Departament de Serveis Jurídics i el Departament d'Administració i el Departament de Personal de la Gerència; b) als informes de data xx i xx de març de xx de la Secretària Delegada de la Gerència i de la Cap de Departament d'Administració i Personal, i c) a la mecànica operativa que en relació als contractes menors objecte d'anàlisi en les recomanacions xxx i xxx s'ha posat de manifest per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica arran de les comunicacions que van donar origen a les mateixes, d) a l'informe del Interventor General de l'Ajuntament de Barcelona de XXX i e) als informes de control Financer dels exercicis XXX i XXX evacuats per la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona. I sobre tot, tenint en compte que segons sembla s'han continuat subscriuint contractes menors similars amb posterioritat als referits informes i malgrat les advertències en ells contingudes.
- Que, seguint l'esperit que inspira el Real Decret 424/2017 pel que es regula el règim jurídic del control intern en les entitats del Sector Públic Local, d'aplicació (als efectes que ens ocupen) per a l'exercici 2019, es recomana que el control financer dels contractes menors tingui en compte o contempli un àmbit temporal més ampli que l'estrictament anual per tal de que puguin ser detectades amb més facilitat pràctiques com les que porten causa aquestes recomanacions.
- Programació i Planificació prèvia de la contractació per garantir la utilització eficient dels fons públics, i el respecte als principis inspiradors de la contractació pública.
- Programar adequadament i planificar amb antelació les actuacions que han de dur-se a terme, *"exige la definición prèvia de las necesidades a cubrir y, a continuación, la elección del tipo e contrato y del procedimiento adecuados que se ajusten a las normas y los principios que regulan la contratación. Se trata, en definitiva, de gestionar los intereses públicos con una programación adecuada"*. (Informe 4/2010, de 29 d'octubre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears).
- Recórrer a la contractació menor exclusivament en els supòsits previstos per la normativa.

En aquesta línia, l'Informe 14/2014, de 22 de juliol de la Junta Consultiva de la Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya assenyala que *"La contractación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho*

interno en el artículo 86 del TRLCSP, y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor”.

- Establir i adoptar les mesures adequades per lluitar contra el frau, prevenir qualsevol risc de favoritisme, i evitar, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interès que puguin sorgir en els procediments de licitació, de conformitat amb l'art. 64 de la LCSP.

Remetem-nos aquí, a les recomanacions vertides per l'Oficina Independent de Regulació i Supervisió de la Contractació en relació a la contractació menor en el seu "Informe Anual de Supervisió de la Contractació Pública en Espanya relativa a l'any 2018" publicat al desembre de 2019.

Així mateix i especialment ens remetem a les recomanacions fetes a l'Ajuntament de Barcelona pel Tribunal de Cuentas en el seu informe (nº 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de novembre de 2019 en la mesura que en ell es fa expressa menció a l'Ajuntament de Barcelona:

"• Llevar a cabo una adecuada planificación y programación de su gestión contractual que evite los fraccionamientos.

• Establecer en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe, bien mediante la publicación de anuncios de licitación, bien solicitando directamente ofertas a un mínimo de tres empresas, salvo cuando las circunstancias concurrentes lo desaconsejen por razón de la inmediatez de la necesidad que se trate de satisfacer.

• Adoptar las medidas necesarias para mejorar los sistemas informáticos de registro y tratamiento de los datos relativos a la contratación.

• Aplicar en los contratos menores condiciones especiales con el fin de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.”

Respecte a la importància de comptar amb eines informàtiques que coadjuuin a detectar les males pràctiques en matèria de contractació menor es pronuncia, en la mateixa línia apuntada pel Tribunal de Cuentas en el referit informe, la Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana en el seu Manual de Fiscalització.

- En relació als expedients de contractació menors es comprovi per l'òrgan de contractació, l'efectiva realització de la prestació contractada i satisfeta, donada l'absència de documentació en tal sentit als referits expedients de contractació.

- Donar trasllat de la present recomanació a l'òrgan municipal afectat als efectes pertinents, entre ells els preventius de cara a contractacions futures i especialment pel

que respecte a les prohibicions de contractar en què es pogués haver incorregut respecte als contractes menors subscrits amb la persona física amb posterioritat a la seva presa de possessió com a funcionària interina de l'Ajuntament de Barcelona i de les mesures legals a adoptar en tal sentit.

I concretament, es recomana a l'òrgan municipal contractant, com a òrgan de contractació "... examinar la seva concurrència i adoptar les mesures oportunes i això amb independència de què aquesta situació derivi la possible existència o no d'una prohibició de contractar" (transcrit de l'Informe 11/18 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat).

- Establir i adoptar les mesures adequades per lluitar contra el frau, prevenir qualsevol risc de favoritisme, i evitar, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interès que puguin sorgir en els procediments de licitació de conformitat amb l'art. 64 de la LCSP.

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

Fruit del trasllat efectuat al Comitè d'ètica en els termes acordats a la citada Recomanació evacuada per la Direcció de Serveis d'Anàlisi (òrgan gestor de la Bústia ètica) aquest es va pronunciar en el sentit següent:

1.- El Comitè d'Ètica entén que amb la situació detectada en la tramitació d'aquests expedients han quedat afectats els preceptes del Codi Ètic esmentats en els fonaments d'aquesta recomanació i molt especialment les pautes de conducta en matèria contractual per impedir el fraccionament de contractes i prevenir els conflictes d'interès reals, potencials i aparents.

2.- El Comitè d'Ètica recomana que, als efectes de garantir una actuació objectiva, imparcial i exemplar, les licitacions de l'Ajuntament de Barcelona respectin escrupolosament les pautes de conducta per evitar els riscos de possibles responsabilitats comptables, administratives o inclús penals, així com les reputacionals que pot comportar aquesta pràctica contractual pel propi Ajuntament de Barcelona, i que ja va posar de relleu la Direcció de Serveis d'Anàlisi en les seves recomanacions.

3.- El Comitè d'Ètica resol donar trasllat a l'òrgan competent en matèria disciplinària per incoar procediment sancionador al personal d'alta direcció de la Gerència contractant involucrat en les infraccions de les normes de conductes anteriorment enumerades.

4.- Comunicar aquesta resolució a l'Alcaldia, a la Gerència Municipal i al Secretari de la Corporació.

II. CONTRACTACIÓ MENOR. PERSONAL EVENTUAL. MANCA DE PUBLICITAT DELS CURRÍCULUMS. RÈGIM D'INCOMPATIBILITATS

A la Bústia Ètica i de Bon Govern es va rebre una comunicació relativa a possibles irregularitats en la contractació pública d'un Institut Municipal, alertant⁷⁸, entre d'altres extrems de què una persona, a la que ens referirem amb les sigles "MM", "... va aconseguir més de 80.000 euros entre el 2016 i el 2017 amb cinc contractes diferents a títol personal i amb una associació a la qual pertany..." afegint que: "A la Biennal XX els socis de "MM" a l'"Associació YY"⁷⁹ ... s'han tret un bon sobresou", que "MM" mantenia una relació sentimental amb un càrrec polític municipal, i que posteriorment va ser nomenat personal eventual de l'Ajuntament de Barcelona.

Rebuda la comunicació, la Bústia Ètica va efectuar les actuacions d'investigacions pertinents, entre d'altres: 1) la sol·licitud, a l'Institut Municipal afectat, d'informe i còpia complerta, foliada i adverada de tots els expedients administratius relatius a les contractacions; 2) sol·licitud d'informació a la Intervenció General; 3) la visualització i cerca de dades a: a) la Gasetta Municipal; b) al Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona; c) al Registre d'entitats del departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya; 4) l'anàlisi del fons documental consistent en les notícies aparegudes en els mitjans de comunicació. També es va donar trasllat dels fets comunicats a la persona afectada, obrint el corresponent termini per a fer al·legacions que va finalitzar sense que es formulés per part d'aquella resposta alguna.

Resultat de les diligències de investigació i comprovació practicades, es va constatar:

- a) L'adjudicació directa de cinc contractes menors a "MM", i cinc contractes menors més, amb similar objecte de contractació, adjudicats a l'"Associació YY" de la qual "MM" és soci fundador i ocupa el càrrec de Secretari/ària segons reflecteix el Registre d'entitats del Departament de Justícia.
- b) L'atorgament de tres subvencions a l'associació esmentada, "Associació YY", així com l'atorgament de cinc subvencions més a una segona associació (que denominarem "Associació FF") de la qual, "MM" ocupa el càrrec de la Presidència, segons evidència el Registre d'entitats del Departament de Justícia.
- c) Les dates d'incoació i finalització de tots els expedients administratius relatius a les contractacions i subvencions analitzats, excepte el corresponent al contracte adjudicat a

⁷⁸ Les sigles utilitzades en aquesta fitxa no guarden cap relació amb el nom de les persones o entitats afectades i han estat utilitzades per facilitar la seva lectura a la vegada que es preservaven tots els deures (transparència i confidencialitat) i drets en joc.

"MM", com a persona física, són anteriors a l'entrada en vigor de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica.

Les Normes Reguladores de la Bústia Ètica estableixen en la seva Disposició transitòria que aquestes solament són "... d'aplicació en relació les conductes que es duguin a terme a partir de la seva entrada en vigor" que va tenir lloc, segons estableix la seva disposició final, el dia següent a la seva publicació al BOP, concretament, el 17 de gener de 2017.

Motiu pel qual la Bústia Ètica no va poder entrar a valorar el possible fraccionament irregular del contracte atès que es tracten d'expedients anteriors a la Bústia Ètica. No obstant això, aquests expedients i contractes s'han tingut en compte en la mesura que evidenciaven la relació de "MM" amb l'"Associació YY" doncs en tots ells consta la seva intervenció en qualitat de representant legal de la citada Associació.

I, respecte al presumpte supòsit de fraccionament irregular dels citats contractes menors es va donar trasllat, com més endavant es detallarà, a la Intervenció General de l'Ajuntament en atenció a les competències que legalment té atribuïdes en virtut, entre d'altres, del Real Decret 128/2018 de 16 de març pel que es regula el règim jurídic dels funcionaris d'Administració local amb habilitació de caràcter nacional, i el Real Decret 424/2017, de 28 d'abril, pel que es regula el règim jurídic del control intern de les entitats del Sector Públic Local.

- d) Respecte l'expedient administratiu de contractació posterior a l'entrada en vigor de les Normes reguladores de la Bústia Ètica, analitzades les factures a ell incorporades presentades es constata que: 1) els conceptes i les hores pressupostades per cadascun d'ells no coincideixen exactament amb el literal de l'objecte del contracte ni amb el pressupost establert; 2) respecte als informes justificatius de la contractació apareixen informes sense signar ni datar; 3) tampoc consta, al menys formalment, evidència documental justificativa de l'efectiva execució d'un dels conceptes facturats. Concepte que a més no constava dins de l'objecte propi del contracte, i pel qual se li van dedicar més hores inclús que el que sí era objecte del contracte.
- e) Sol·licitada la informació respecte als contractes adjudicats i subvencions atorgades a MM i a les Associacions YY i FF, tant al Institut afectat com a la d'Intervenció General, i després del seu anàlisi i comparació, presentaven desajustos tant en la denominació numèrica de referència com en el text exacte dels contractes i subvencions.
- f) Divergència entre la resposta aportada per l'Institut Municipal afectat a requeriment de la Bústia ètica i el resultat de les diligències d'investigació practicades en la mesura, malgrat les evidències obtingudes al referit institut va informar en el sentit: "No consta cap vinculació jurídica (de naturalesa mercantil, laboral, o de qualsevol altre naturalesa) d'aquest programa amb la persona física ni té funcions, ni responsabilitats, ni retribució".

- g) Confusió entre els programes i projectes que eren objecte de contracte. Extrem reconegut pel propi Institut contractant.
- h) Manca de publicació en el Portal de Transparència del currículum de "MM" malgrat estar nomenat/da personal eventual.

També es va detectar la manca de publicació del corresponent currículum vitae de divuit càrrecs eventuals més.

- i) No obstant cal dir al respecte, que el currículum de MM va aparèixer publicat en el Portal de Transparència després de què per part de la Bústia Ètica li fossin comunicats els fets objecte de la comunicació origen de les presents actuacions i finalitzés el termini d'al·legacions conferit. En aquest consta la seva relació com a Director/a de l'Associació FF, i com a soci/òcia fundador/a de l'Associació YY, així com l'exercici de docència en una Universitat.

Cal dir al respecte que revisat el Portal de Transparència no constava la corresponent autorització o reconeixement de compatibilitat per l'exercici de les activitats referenciats.

Així mateix i també revisat novament el Registre d'Entitats del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, en data posterior a la finalització del tràmit d'al·legacions conferit a "MM", encara apareixia "MM" exercint el càrrec de President/a de l'Associació YY i el de Secretari en l'Associació FF.

Analitzada la documentació rebuda així com la informació obtinguda mitjançant la pràctica de les diligències d'investigació corresponents, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica va realitzar consideracions tècniques i jurídiques respecte a: a) la Normativa d'aplicació als contractes menors de l'Institut Municipal afectat; b) Als expedients administratius relatius als contractes menors adjudicats a "MM"; c) Als expedients administratius relatius als contractes adjudicats a l'Associació YY de la qual "MM" ostentava el càrrec de Secretaria; d) al Programa objecte del contracte; e) al Règim d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques; f) les obligacions de transparència. Publicació dels currículums; i g) a l'obligació de Dedicació plena i exclusiva del càrrec de personal eventual. Codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona. No obstant, degut a la seva extensió ens centrarem en aquesta fitxa solament en els següents:

1.- CONSIDERACIONS RÈGIM D'INCOMPATIBILITATS DEL PERSONAL AL SERVEI DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES

L'article 8 del RDL 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'EBEP recull en el seu apartat 1r que "*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*", i en el segon apartat recull la classificació dels empleats públics:

- "a) Funcionarios de carrera;
b) Funcionarios interinos;
c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal i
d) Personal eventual."

L'article 12 del RDL 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de l'EBEP, defineix personal eventual el que, en virtut de nomenament i amb caràcter no permanent, només realitza funcions expressament qualificades com de confiança o assessorament especial, essent retribuït amb càrrec als crèdits pressupostaris consignats a aquesta finalitat.

A l'apartat cinquè de l'article 12 es disposa que *"al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera"*.

La regulació de les incompatibilitats es basa en la necessitat d'aplicar el principi de dedicació del personal al servei de les administracions públiques a un únic lloc de treball, sense més excepcions que les que demani el servei públic, respectant l'exercici de les activitats privades que no puguin impedir l'estricta compliment dels seus deures o comprometre'n la imparcialitat o la independència.

La normativa d'aplicació al règim d'incompatibilitats del personal al servei de les Administracions públiques es troba a:

- Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques
- Llei 21/87, de 26 de novembre d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat de Catalunya

En relació a l'aplicabilitat de la normativa en matèria de règim d'incompatibilitats al personal eventual, cal incidir en què és de plena aplicació, en els mateixos termes i les mateixes condicions que al personal funcionari, atès que l'art. 1.2 de la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat exposa que és d'aplicació al personal al servei de les corporacions locals i dels ens, els organismes i les empreses que en depenen, sigui quina sigui llur relació jurídica de treball.

Cal tenir en compte que la regla general en el règim d'incompatibilitats és que l'exercici d'un segon lloc de treball o activitat pública o privada requereix, en tots els casos, l'autorització expressa prèvia, excepte en les considerades no subjectes al règim d'incompatibilitats (art. 17 Llei 21/87, de 26 de novembre).

L'art. 2 de la Llei 21/87, de 26 de novembre identifica quines són les activitats que es consideren compatibles, i per tant, **que no requereixen d'autorització:**

- L'Administració del patrimoni personal o familiar, amb les excepcions previstes en l'art. 11 Llei 21/87 i 330 ROAS.

- La participació en seminaris, cursos o conferències en centres oficials destinats a la formació de funcionaris, si no tenen caràcter permanent o habitual i no superen les 75 hores anuals.
- La participació en tribunals o òrgans de selecció per a l'ingrés en les administracions públiques.
- La participació en exàmens, proves o avaluacions efectuades pel personal docent, si són diferents de les que li corresponen habitualment.
- L'exercici del càrrec de president, vocal o membre de les juntes rectores de mutualitats o patronals de funcionaris, sempre que no sigui retribuït.
- Les produccions i les creacions literàries, artístiques, científiques o tècniques i la col·laboració en publicacions, sempre que no s'originin com a conseqüència d'una relació de treball o una prestació de serveis.
- La participació ocasional en col·loquis i programes en qualsevol mitjà de comunicació, i la col·laboració i l'assistència a congressos, seminaris i conferències, sempre que no s'originin com a conseqüència d'una relació de treball o una prestació de serveis.
- La realització de treballs científics, tècnics o artístics i el desenvolupament de cursos d'especialització.

L'art. 23 de la Llei 21/1987 de 26 de novembre preveu que *"l'incompliment del que disposa aquesta llei ha d'ésser sancionat disciplinàriament, sens perjudici de l'executivitat de la incompatibilitat en què s'hagi incorregut"*. En aquests mateixos termes s'expressa l'art. 20 de la Llei 53/1984, de 26 de desembre.

2.- CONSIDERACIONS DERIVADES DE LES OBLIGACIONS DE TRANSPARÈNCIA. PUBLICACIÓ DELS CURRÍCULUMS

L'article 57 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern relatiu a Publicitat de les condicions d'accés recull que:

"1. L'Administració, les institucions públiques i els organismes inclosos en l'article 3.1 han de donar a conèixer els criteris d'acord amb els quals es designa una persona perquè ocupi un alt càrrec. A aquest efecte, han de fer públic el currículum amb els mèrits professionals i tècnics de la persona nomenada"

D'altra banda, l'article 5 del codi Ètic i de Conducta de l'Ajuntament de Barcelona assenyala els principis ètics d'acord amb els quals s'ha d'actuar en l'exercici de les funcions i competències atribuïdes, i concretament en el seu apartat o) recull el de Transparència en els següents termes: *"Transparència: desenvoluparan les seves accions i adoptaran els actes i decisions relacionades amb la gestió dels assumptes públics dels quals són competents de manera transparent, fent*

públiques les activitats oficials, actes vinculats a aquests assumptes i oferint la deguda informació que haurà de ser útil, veraç, actualitzada i comprensible i, sempre que sigui possible, en formats oberts i reutilitzables". I, des del punt de vista preventiu, s'ha de recordar que **visualitzat el Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona, no apareix publicat el currículum de "MM"** malgrat haver estat nomenat assessor des de fa tres anys. En aquest sentit es fa precís apuntar que visualitzada la pàgina de Transparència tampoc consten publicats els currículums de divuit càrrecs eventuals més.

3.- CONSIDERACIONS DEDICACIÓ PLENA I EXCLUSIVA DEL CÀRREC DE PERSONAL EVENTUAL. CODI ÈTIC I CONDUCTA DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA

L'Ajuntament de Barcelona compromet amb l'adopció de mesures que millorin la confiança de totes les persones vers les institucions i els seus representants, vetlla per garantir la integritat institucional, l'accés a la informació pública i el retiment de comptes. Amb aquest objectiu, l'Ajuntament va aprovar el Codi ètic i de conducta, que té naturalesa de disposició normativa de caràcter general, en compliment del mandat que determina l'art. 55.3 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

El codi recull els principis ètics i els valors de bona governança que han d'informar tota actuació municipal i regula les normes de conducta que necessàriament han d'observar les persones per a les quals és d'aplicació, especialment les relatives als conflictes d'interessos. El codi determina els mecanismes i procediments per garantir-ne l'efectivitat, avaluació i impuls.

El Codi s'aplica a l'Ajuntament de Barcelona i a les entitats que mantenen una relació d'instrumentalitat o de vinculació, que ens permeten incloure-les en el què podríem anomenar com a sector públic municipal. Des del punt de vista subjectiu, el Codi **també informa les actuacions i vincula al personal eventual que ocupa llocs de confiança i assessorament especial**, d'acord amb les funcions que els siguin atribuïdes.

D'acord amb l'article 3.3.g) del Codi Ètic són destinataris i subjectes a aquest Codi el personal eventual destinat a l'Ajuntament i a les entitats municipals vinculades o dependents d'aquest, que ocupa llocs de confiança o d'assessorament especial.

I en aplicació del seu article 7, relatiu a Normes de conducta generals, es recull que:

"El personal eventual i el personal directiu ha d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva, sense poder comptabilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc de treball, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè, llevat de:

1. les activitats excloses del règim d'incompatibilitats, sempre que no comprometin la imparcialitat i independència de la funció.

2. l'exercici de funcions docents universitàries retribuïdes, sempre que no sigui en detriment de la dedicació a l'exercici del càrrec públic, en règim de dedicació a temps parcial i amb una durada determinada.

Aquelles persones a qui, excepcionalment, se li atribueixi la dedicació ordinària o la parcial podrà compatibilitzar una segona activitat, d'acord amb el que estableix la legislació sobre compatibilitats."

A tal efecte, es porta a col·lació que visualitzat el Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona a l'apartat de "Llistes de compatibilitat de Personal" no es troba referència alguna a l'autorització de compatibilitat en favor de MM per a la realització d'una segona activitat amb el desenvolupament de les seves funcions com a càrrec eventual.

Fruit de les investigacions practicades i de les consideracions tècniques i jurídiques formulades per la Bústia Ètica es van formular les següents recomanacions:

RECOMANA

Un cop examinada la documentació i la informació que consta en l'expedient, i analitzada la normativa d'aplicació, per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritzant la prevenció per sobre de les conductes reactives, d'acord amb l'art. 17 de les Normes Reguladores de la Bústia Ètica i Bon Govern, procedeix realitzar les següents recomanacions:

O Donar trasllat a l'Alcaldia, d'acord amb les seves competències sobre el personal eventual, i en especial pel que disposa la Carta Municipal de Barcelona, el Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, la Llei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de les Bases del Règim Local i la normativa d'aplicació del règim d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, als efectes de comprovació i adopció de les mesures pertinents respecte:

a) l'alerta pels indicis detectats sobre una possible infracció en relació a la normativa del règim d'incompatibilitats.

b) de la necessitat de donar compliment a l'art. 57 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern relatiu a la publicació dels currículums del personal eventual, respecte a "MM" i les divuit persones eventuales, els currículums de les quals no apareixen al Portal de Transparència a dia d'avui.

O Donar trasllat al Comitè d'Ètica de la present recomanació, per si els fets investigats poguessin ser constitutius d'una infracció de l'art. 7 del Codi Ètic i de Conducta segons el qual "El personal eventual i el personal directiu ha d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva, sense poder comptabilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc de treball,

càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè, llevat de:

- 1. les activitats excloses del règim d'incompatibilitats, sempre que no comprometin la imparcialitat i independència de la funció.*
- 2. l'exercici de funcions docents universitàries retribuïdes, sempre que no sigui en detriment de la dedicació a l'exercici del càrrec públic, en règim de dedicació a temps parcial i amb una durada determinada.*

Aquelles persones a qui, excepcionalment, se li atribueixi la dedicació ordinària o la parcial podrà compatibilitzar una segona activitat, d'acord amb el que estableix la legislació sobre compatibilitats."

O Atès que a més de ser referenciat pels mitjans de comunicació, consta publicat la pàgina web del partit polític al qual està adscrit MM com a càrrec eventual, concretament en l'apartat corresponent a les presentacions i en relació a MM, que "Actualment dirigeixo XXX a l'Ajuntament de Barcelona, un programa per ...", atès que en els expedients de contractació analitzats consta la vinculació contractual de MM amb les Associacions YY i PP (beneficiàries de les subvencions i adjudicacions del contracte objecte d'estudi), i atès que el propi currículum de MM (que va aparèixer publicat en el Portal de Transparència amb posterioritat al tràmit d'al·legacions que se li va conferir per la Bústia ètica al comunicar-li els fets objecte de la comunicació origen de les presents actuacions) recull el seu càrrec com a Director/a de l'Associació FF, s'acorda donar trasllat a l'Institut municipal contractant de les actuacions d'investigacions realitzades als efectes oportuns atès que en un dels informes evacuats a requeriment de la Bústia Ètica es pronunciava sobre la manca de vinculació de MM amb el Programa XXX, en els següents termes: "No consta cap vinculació jurídica (de naturalesa mercantil, laboral, o de qualsevol altre naturalesa) d'aquest programa amb la persona física ni té funcions, ni responsabilitats, ni retribució".

Així mateix procedeix donar trasllat a l'Institut Municipal contractant en relació als expedients de contractació menor, de les incidències detectades respecte a la justificació de l'execució de la contractació, i més concretament respecte a:

- a) els informes aportats per la persona adjudicatària es troben sense signar i datar;
- b) la manca de concordança, almenys aparent, entre l'objecte del contracte i el pressupost, amb els conceptes de la facturació.
- c) la manca de relació directa entre l'objecte del contracte i la presentació dels informes justificatius per part de la persona adjudicatària.
- d) els indicis relatius a un possible fraccionament del contracte.

als efectes d'exercir un seguiment acurat en l'execució dels contractes.

O Sense perjudici de què l'òrgan gestor de la Bústia Ètica no s'ha pogut pronunciar sobre el possible fraccionament de contracte en aplicació de la Disposició Transitòria de les Normes reguladores de la Bústia Ètica, ateses les incidències detectades, entre d'altres les referides a l'apartat anterior així com la manca de concordança entre el número de contracte que consta en els quadres aportats per la Intervenció General amb el número de contracte dels expedients de l'Institut municipal, el text exacte del contracte, o manca en el llistat proporcionat per la Intervenció General d'expedients de contractació menor, s'acorda donar trasllat a la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona de la present recomanació a la vista del seu contingut i en atenció a les competències que legalment té atribuïdes en virtut, entre d'altres, del Real Decret 128/2018 de 16 de març pel que es regula el règim jurídic dels funcionaris d'Administració local amb habilitació de caràcter nacional, i el Real Decret 424/2017, de 28 d'abril, pel que es regula el règim jurídic del control intern de les entitats del Sector Públic Local, als efectes pertinents.

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ. ÒRGAN GESTOR DE LA CONTRACTACIÓ

Del referit trasllat a l'òrgan gestor de la contractació, es va procedir a realitzar els següents aclariments:

- Respecte als desajustos en la denominació numèrica i el text exacte dels contractes i subvencions entre la informació aportada per l'Institut i la d'Intervenció General, l'òrgan gestor va informar que respecte als contractes que corresponent als anys 2012 i 2013 pot ser degut a què fins l'any 2014, l'Institut municipal no va disposar del mòdul de SAP comú de l'Ajuntament. Anteriorment a aquesta data, disposaven d'un mòdul de SAP propi, que possiblement Intervenció no hauria consultat. D'altra banda, que l'Institut disposa d'un registre d'expedients que funciona mitjançant un comptador automàtic que va donant número d'expedient correlatiu conforme es van obrint. Aquest número d'expedient incorpora la XXX per identificar. Els expedients de contractació que es fan per SAP tindran el número adicional de contracte. Així mateix va informar que en la relació d'expedient que es va enviar sempre referència al número d'expedient i no al número de contracte.
- Respecte a la confusió entre la informació aportada per l'Institut i l'extreta dels expedients de contractació respecte a la denominació i l'abast de l'objecte dels contractes relacionats amb un programa, l'Institut va informar que era cert que s'observa molta confusió en la referència XXX en forma de projecte i programa, tant a la premsa, com a les factures incloses a l'expedient.
- Respecte als expedients XXX, XXX i XXX referit a un mateix objecte, va informar l'Institut que sense que l'explicació pretengui la seva validació cal fer esment que la suma dels contractes menors efectuats no superava el límit del contracte menor que el seu moment era de 50.000 € (en ser aplicables les IIC).

- Respecte als informes sense signar i datar, l'Institut va informar que efectivament no s'havien trobat a l'expedient i consideraven que no s'havia efectuat una bona praxi de custòdia documental per la qual cosa els informes signats i datats no deuen estar arxivats a l'expedient, i que realitzarien una recerca amb els responsables del contracte per trobar els informes i desar-los dins de l'expedient.

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ. COMITÈ D'ÈTICA

Del trasllat efectuat al Comitè d'Ètica, aquest òrgan va emetre els següents fonaments i recomanacions:

FONAMENTS

1. De la lectura de l'expedient, i amb els fets comprovats que li han donat lloc, se'n deriva que a la persona afectada li és aplicable, en virtut del seu càrrec, l'article 3.3 del Codi Ètic, i per les seves activitats irregulars en ús d'aquell, l'article 7g de l'esmentat Codi, segons el qual *"El personal eventual i el personal directiu ha d'exercir el càrrec amb dedicació plena i exclusiva, sense poder compatibilitzar llur activitat amb l'exercici de cap altre lloc de treball, càrrec, representació, professió o activitat mercantil, professional o industrial, de caràcter públic o privat, per compte propi o aliè..."*, incloent tot seguit les dues possibles excepcions a aquesta incompatibilitat, que no són aplicables al cas present.

2. Del mateix expedient i la situació comprovada del cas, se'n deriva igualment que a la persona afectada li és aplicable l'article 5, apartat o) del Codi Ètic que obliga a la transparència en el desenvolupament de les funcions, cosa que es va vulnerar amb l'absència de publicació del seu currículum encara que a data d'avui ja consta esmenat.

RECOMANACIÓ

1. El Comitè d'Ètica recomana a l'Alcaldia, d'acord amb les seves competències sobre personal eventual, prendre en consideració les infraccions del Codi Ètic, en els seus articles 7g i 5o, comeses per la persona afectada, en relació al règim de compatibilitats i a la transparència, respectivament.

2. Alhora, insta a l'Alcaldia i a la Gerència Municipal i els serveis municipals de contractació del personal eventual de confiança que donin compliment a l'art. 57 de la Llei 19/2014 del 29 de desembre, de transparència, l'accés públic dels currículums de les divuit persones eventuales que manquen en el Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona, així com al Codi Ètic en el seu article 13.

III. CONTRACTACIÓ MENOR: PUBLICITAT I TRANSPARÈNCIA DE LA CONTRACTACIÓ MENOR, CRITERIS I SUBCRITERIS D'ADJUDICACIÓ, OBLIGACIÓ DE RESOLDRE I PRÀCTIQUES COL·LUSÒRIES.

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a un contracte menor que presumptament era encaminat a beneficiar a una licitadora en concret, així mateix s'exposava la presumpta incorrecció en l'aplicació dels criteris d'adjudicació del contracte, i contra el qual s'havia interposat un recurs d'alçada, pendent de resolució.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

A. PUBLICITAT I TRANSPARÈNCIA DE LA CONTRACTACIÓ MENOR

L'art. 1 de la Llei 9/2017 de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic consagra la publicitat i la transparència dels procediments contractuals com a principis als que necessàriament s'han d'ajustar la contractació pública. Si bé respecte la figura del contracte menor suposa "*el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público*", com es recull a l'Expedient 8/2020 de la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat:

"5. Como segunda cuestión la entidad consultante nos plantea si en los supuestos en que proceda el contrato menor el órgano de contratación debe aceptar la presentación de ofertas de cualquier licitador, valorar tales ofertas y adjudicar el contrato en función de aquella que resulte económicamente más ventajosa y artísticamente más interesante.

Para responder a esta cuestión es menester analizar el contrato menor desde el punto de vista de su naturaleza y finalidad, teniendo en cuenta tanto la normativa nacional como la comunitaria.

El contrato menor, en la regulación española, constituye una suerte de excepción a la aplicación de ciertas reglas comunes a otros procedimientos de selección del contratista, y de modo muy particular, de algunas relativas a la publicidad previa, a la concurrencia y al procedimiento de adjudicación. En nuestro informe 98/2018, de 4 de marzo de 2019 señalamos a este respecto que "en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía."

Debemos recordar en este sentido, que por razón de su escaso valor estimado (inferior a 40.000 euros en el caso de las obras o inferior a 15.000 euros, en el caso de suministros o servicios) los contratos menores

pueden adjudicarse a través de un expediente de contratación más sencillo, que en los contratos de servicios suele exigir únicamente un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales, así como la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. Esta tramitación tan escueta refuerza la conclusión de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurren múltiples licitadores.

La finalidad de un sistema de contratación como el descrito es poder ofrecer una respuesta especialmente rápida y muy sencilla a necesidades inmediatas y perentorias del órgano de contratación y que, por su escasa cuantía, así lo demandan.

En efecto, la justificación del sacrificio de alguno de los principios básicos de la contratación pública estriba, para estos precisos casos, en la escasa cuantía económica, que avala (del mismo modo que en otros supuestos contenidos en la ley como puede ser el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica o la tramitación de emergencia) el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público.

Sobre esta base, no cabe sólo una insuficiente comprensión y valoración de la figura del contrato menor puede conducir a la pretensión de asimilar la figura del contrato menor regulada en la LCSP con otros procedimientos de selección del contratista que son propios de contratos de características diferentes y que, por su propia naturaleza, incluyen trámites para la presentación de ofertas, valoraciones conforme a criterios objetivos, anuncios previos y otros trámites que, en la actualidad, y desde el punto de vista legal son ajenos al contrato menor. Sin embargo, mientras la ley lo trate expresamente y lo configure como un supuesto en que cabe su adjudicación directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, lo que no resulta posible es variar su naturaleza jurídica y convertirlo en algo completamente diferente.

Esta conclusión ya fue recogida en informes precedentes de esta Junta Consultiva. En efecto, en nuestro informe 56/2019, de 16 de marzo de 2020, indicamos cuál era para el derecho comunitario el significado del término adjudicación directa. Señalamos entonces que "el Reglamento (CE) 1370/2007, en su artículo 5, apartados 2 a 6, establece un conjunto específico de normas aplicables a los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros en autobús o tranvía, incluidos unos supuestos específicos de adjudicación directa de tales contratos por diferentes motivos. Resulta enormemente significativo el hecho de que la propia norma indique cuál es el sentido de la adjudicación directa para el derecho comunitario describiéndola legalmente como la adjudicación de un contrato de Servicio público a un operador de servicio público determinado en ausencia de todo procedimiento previo de licitación (artículo 2.h) del Reglamento (CE)1370/2007).

Esta preterición de todo procedimiento de licitación, concepto este referido a los elementos que permiten comparar las múltiples ofertas de los licitadores y seleccionar una de ellas, es igualmente característica las sucesivas normas que en el derecho español han regulado el contrato menor como una figura que nos es característica y que, curiosamente, también goza de vigor en Europa. En efecto, en el ámbito comunitario y a modo de ejemplo, en el Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión se contemplan, entre otras cuestiones, los contratos de escasa cuantía, es decir, inferior a 60 mil euros, y los de muy escasa cuantía (inferior a 15 mil), no exigiéndose para estos últimos ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su

adjudicación ni tampoco la necesidad de solicitar un número mínimo de ofertas a los licitadores. La cercanía de tales figuras con nuestro contrato menor resulta patente.

Podemos comprobar, por tanto, que esta forma de adjudicación directa ni es nueva ni es extraña en el derecho comunitario, y que tanto en el ámbito nacional como en el europeo se contempla la adjudicación de contratos de manera directa, sin publicidad previa ni procedimiento competitivo en aquellos contratos de valor estimado muy escaso.

6. Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, podemos pronunciarnos sobre la posibilidad de aceptar ofertas de los licitadores no contactados por el órgano de contratación. A este respecto lo cierto es que, tal como se describe el procedimiento en la LCSP, no parece fácil que exista esa posibilidad en el seno de un contrato menor y ello, por varias razones:

- En primer lugar, porque resulta de sentido común que, al no haber publicidad previa del procedimiento de contratación, no existe forma material de que otros operadores distintos de aquel al que se ha dirigido el órgano de contratación tengan conocimiento de la existencia del contrato. Usualmente ocurrirá que será solo a posteriori, cuando los contratos menores sean objeto de publicidad en la forma prevista en el artículo 63.5 de la LCSP, cuando se tendrá noticia de su existencia.*
- En segundo lugar, porque en el contrato menor es el órgano de contratación el que se dirige a un operador económico para adjudicarle un contrato y no existe un momento, fase o acto procedimental que permita y mucho menos que exija la presentación de ofertas.*

Por esta razón los contratos menores en modo alguno resultan equiparables a los procedimientos negociados sin publicidad. Se trata de procedimientos completamente distintos puesto que el procedimiento negociado sin publicidad previa es un procedimiento propiamente concurrencial, que normalmente se desarrolla, salvo excepciones, en régimen de acceso a las licitación por más de un licitador, mientras que el contrato menor, como ya hemos explicado, constituye un supuesto de adjudicación directa en el que no existe un trámite de presentación de ofertas ni tampoco criterios objetivos que permitan una comparación de las mismas, que hayan sido previamente fijados por la entidad contratante y que hayan sido aceptados por los licitadores que realicen su oferta.

Atendiendo a estos razonamientos, debemos responder a la última cuestión planteada que en la adjudicación de un contrato menor no resulta necesario aceptar ni valorar ofertas de pretendidos licitadores. Esta conclusión no limita la posibilidad de que el órgano de contratación pueda dirigirse a más de un potencial contratista para solicitarle información sobre la posible ejecución del contrato menor, siendo siempre recomendable velar por la promoción de la máxima concurrencia en función de las circunstancias, pero sí excluye que el mismo órgano esté obligado a aceptar ofertas de terceros que no han sido previamente requeridos para ello."

En aquesta línia, referint-se també a l'Expedient 8/2020 de la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat, es pronuncia la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó en el seu recent Informe 6/2021, de 10 de maig de 2021:

"II. El contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

...

Es por ello que, sobre la base de la legislación estatal, no resulta preceptivo en modo alguno que el órgano de contratación que tramita un contrato menor deba tomar en consideración potenciales ofertas de personas o entidades interesadas en acceder a la condición de contratistas por esta vía. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en este sentido, ha advertido en su mismo Informe 8/2020, tras afirmar lo anterior, que "esta conclusión no limita la posibilidad de que el órgano de contratación pueda dirigirse a más de un potencial contratista para solicitarle información sobre la posible ejecución del contrato menor, siendo siempre recomendable velar por la promoción de la máxima concurrencia en función de las circunstancias, pero sí excluye que el mismo órgano esté obligado a aceptar ofertas de terceros que no han sido previamente requeridos para ello". De acuerdo con el criterio de la Junta Consultiva estatal, que esta Junta comparte, las garantías exigibles conforme a la legislación básica en la materia tienen carácter mínimo, tanto respecto de las que pudieran establecer, en ejercicio de sus competencias, el legislador autonómico como de las que pudiera acordar, de forma coherente con los principios que rigen la contratación del sector público, el órgano de contratación.

Lo anterior no significa, por supuesto, que en el ámbito de la contratación menor no se apliquen las garantías habituales en la contratación del sector público o, en cuanto tiene relevancia presupuestaria, las propias de la gestión presupuestaria."

Respecte a la publicitat de la contractació menor ens remetem al literal de la "RECOMENDACIÓN DE 21 DE OCTUBRE DE 2019 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN CON LA FORMA DE PUBLICACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES" del Ministerio d'Hisenda:

"LEGISLACIÓN APLICABLE. El artículo 63 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, alude al perfil de contratante. Esta figura, ya presente en la LCSP de 2007, se configura como una herramienta eficaz al servicio del principio de transparencia y que opera como mecanismo que asegura la debida publicidad de los contratos públicos. El apartado 1 de este precepto señala lo siguiente:

"1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca."

Queda patente, de este modo, la existencia de una obligación de publicar en el perfil del contratante la actividad contractual de los órganos de contratación. También la forma de realizar esa publicación está recogida en la Ley, en el inciso siguiente del mismo apartado y en el apartado 4 del mismo artículo. El primero de ellos indica lo siguiente:

"Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información".

Por su parte, el artículo 63.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que alude de modo expreso a los contratos menores, reza del siguiente modo:

"4. La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario. Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores."

De la aplicación conjunta de estos preceptos se puede deducir un conjunto de conclusiones referidas a la publicación en el perfil del contratante de los contratos públicos y, especialmente, de los contratos menores:

1.- El perfil del contratante, que se publica en Internet, contiene la información sobre la actividad contractual de los órganos de contratación del sector público. La publicación de tal información constituye una obligación para tales órganos.

2.- La meritada publicación debe realizarse en formatos abiertos y reutilizables. En este punto cabe señalar, como después tendremos ocasión de reiterar, que los formatos reutilizables son formatos de datos debidamente estructurados y que pueden ser interpretados por una máquina de forma automática. Si además, el formato es de uso libre y no está sujeto a propiedad o derechos de uso estaríamos en presencia de un formato abierto.

3.- La obligación de publicación no se agota con el mero hecho de proceder a la misma sino que, como expone la ley, la información debe permanecer accesible al público, como mínimo, durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años.

4.- En el caso de los contratos menores la publicación de la información deberá realizarse, al menos, trimestralmente. En este sentido se pronuncia nuestro Informe 46/2018.

5.- El contenido de la información que se ha de publicar en el caso de los contratos menores no es tan extenso como en el caso del resto de los contratos públicos. Esto no obstante, debe incluir al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario. La publicación de todos estos aspectos es necesaria para cumplir adecuadamente la norma legal.

6.- La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse de modo que los contratos queden ordenados atendiendo a la identidad del adjudicatario. Esta regla permite no solo ordenar adecuadamente los contratos sino incluso prevenir posibles abusos en la contratación menor.

Todas estas reglas constituyen una evolución con respecto a la normativa anterior y tienen su origen y fundamento en la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 5.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), señala, como regla general, que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. El apartado 4 del mismo artículo añade que la información mencionada deberá publicarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Como sabemos, esta última preferencia se convierte en una obligación taxativa en el caso de los contratos públicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Finalmente, el artículo 8.1 a) de la misma ley establece, esta vez para los contratos públicos, la obligación inexcusable de publicar todos los contratos con referencia a los aspectos que menciona. Añade además que la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. La LTAIBG incluye esta regla dentro de lo que denomina obligaciones de publicidad activa las cuales, conforme a la doctrina del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, deben ser objeto de publicación de oficio, siendo no obstante susceptibles de una solicitud de información en caso de que no lo fueran por tratarse de actos de gestión administrativa cuyo conocimiento resulta relevante para garantizar la transparencia del funcionamiento de la actuación pública. (Resoluciones 301/2016, 256/2018 y 394/2018).

En conclusión, de todos los preceptos anteriormente expuestos se deduce nítidamente que la Ley de Contratos del Sector Público y la ley de Transparencia configuran conjuntamente un acabado sistema que tiene por finalidad lograr una plasmación efectiva y amplia de los principios de publicidad y transparencia. Los órganos de contratación del sector público están obligados a cumplir los términos legales establecidos en ambas normas, pues permiten garantizar la transparencia e incluso el control público de los requerimientos que la ley impone a los contratos menores (la prohibición de su fraccionamiento, el respeto de los umbrales establecidos, etc.)...

.. RECOMENDACIONES

- Con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de las obligaciones legales existentes en materia de publicación de los contratos menores se recomienda a los órganos de contratación del sector público que realicen sus publicaciones a través del servicio específico que a estos efectos existe en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la cual garantiza que tales publicaciones cumplen los requisitos legalmente establecidos.*
- El órgano de contratación, en caso de no optar por la solución anterior, debe realizar una publicación, al menos trimestral, de los contratos menores en el perfil de contratante empleando formatos abiertos y reutilizables, de modo que permita un acceso público adecuado y ordenando la información atendiendo al adjudicatario. Tal publicación debe cumplir igualmente las condiciones establecidas por la legislación especial en materia de transparencia y buen gobierno."*

Cal observar, que la normativa d'aplicació i la posició de les Juntes Consultives de contractació pública (de la qual són mostra les diferents resolucions i recomanacions anteriorment citades) estableixen, entre d'altres extrems, que "el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de

contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurren múltiples licitadores". Si bé la seva adjudicació del contracte menor objecte d'aquesta recomanació va ser objecte de publicitat prèvia.

B. CRITERIS I SUBCRITERIS D'ADJUDICACIÓ

Respecte als criteris d'adjudicació, l'art. 145. 5 de la LCSP recull que:

"Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.

b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores".

En el "DOCUMENT DESCRIPTIU DEL CONTRACTE" constava els criteris d'adjudicació del contracte menor. Si bé a l'Informe de valoració de propostes s'introdueixen subcriteris de valoració amb puntuació, que no consten publicats, ni introduïts en el "DOCUMENT DESCRIPTIU DEL CONTRACTE".

Respecte a la introducció de subcriteris, citem en primer lloc **la Sentència Lianakis. C-532/06, de 24 de gener de 2008 del Tribunal de Justícia europeu**, concretament els "considerandos" 33 a 45:

"Fijación a posteriori de coeficientes de ponderación y de subcriterios relativos a los criterios de adjudicación recogidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación

33 A este respecto, procede recordar que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 impone a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

34 El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de suministros, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31, y, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 41).

35 Además, se desprende del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 que, cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.

36 Según la jurisprudencia, esta última disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, recogido en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24).

37 En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de servicios, las sentencias, antes citadas, Concordia Bus Finland, apartado 62, y ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23).

38 Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 99).

39 Corroboración esta interpretación el objetivo de la Directiva 92/50 que tiene por objeto suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16).

40 A tal fin, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras (véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, Beentjes, apartado 21, y SIAC Construction, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 22).

41 Por otro lado, contrariamente a las dudas manifestadas por el órgano jurisdiccional remitente, estas afirmaciones no contradicen la interpretación del artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50 realizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada.

42 En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y

publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

43 El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que el artículo 36, apartado 2, no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, a saber, que:

— no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;

— no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y

— no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (véase, en este sentido, la sentencia ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 32).

44 Procede constatar, en cambio, que en el litigio principal la Mesa de Contratación únicamente recogió en el anuncio de licitación los criterios de adjudicación y que determinó a posteriori tanto los coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios de adjudicación, tras la presentación de ofertas y el registro de las manifestaciones de interés. Pues bien, esto no se atiene manifiestamente a la obligación de publicidad establecida en el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia.

45 Por tanto, habida cuenta de lo antedicho, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación."

D'altra banda, respecte al criteri sobre l'aplicació dels criteris d'adjudicació, la Resolució nº 1221/2019 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals de data 28 d'octubre, en el fonament jurídic onzè refereix a que:

"El recurrente estima que en la valoración de este criterio el Informe Técnico de Valoración introduce criterios no previstos en el PCAP y que no son susceptibles de ser previstos por los licitadores al formular su oferta...

... El Tribunal ha fijado su criterio sobre la aplicación de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor, así como los límites para concretar en el informe técnico los criterios descritos en el pliego de condiciones administrativas particulares. El Tribunal ha expuesto en reiteradas ocasiones dos criterios que inciden en este argumento del recurso; en primer lugar el principio de discrecionalidad técnica de la Mesa de Contratación y el Órgano de Contratación para la valoración de los elementos de en el procedimiento exijan determinados conocimientos técnicos; y, en segundo lugar, la capacidad para definir subcriterios que concreten el criterio de adjudicación, así como sus límites.

La Resolución nº 850/2019, 18 de julio, señala: «Tal subdivisión valorativa no está prevista en el pliego, pero, ya hemos dicho, p ej en la Resolución al recurso 1004/2016, con cita de otras

precedentes, que, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE, "... la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atender a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica (del) criterio"».

Asimismo, en la Resolución nº 1027/2018, de 12 de noviembre expusimos que: «Planteada así la cuestión, es inexcusable recordar la doctrina relativa a la posibilidad de que por parte de la mesa de contratación se establezca una puntuación desglosada respecto de los subcriterios contemplados en el PCAP cuando en este documento no se ha fijado dicha puntuación concreta. A tal respecto, cabe citar nuestra Resolución nº 17/2015, donde indicábamos: "La situación descrita respecto de la valoración de las ofertas es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupulis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008. En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El tribunal concluyó: 'El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación'. Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone: '32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboro el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones;*
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación;*
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.*

En esta línea de razonamiento, en la Resolución nº 654/2017 señalábamos que en la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atender a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica del criterio. Teniendo presente lo anterior, la

clave para resolver la controversia planteada en el presente recurso radica en determinar si la concreción de subcriterios y determinación de la ponderación de éstos realizada en el informe de valoración y posteriormente acogida por la mesa de contratación se acomoda a la descripción del criterio sentada por el pliego, respetando los límites sentados por la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 previamente citada. Dicho de otro modo, se trata de determinar si los aspectos objeto de consideración por el comité de expertos para valorar los subcriterios en cuestión pueden considerarse o no como posibles elementos integrantes de los criterios generales expresados en el pliego.

Es inexcusable por tanto realizar la comparación entre el texto del pliego al recoger en cada caso el específico criterio de adjudicación en liza, y lo recogido en el informe técnico al desglosar su puntuación en distintos subcriterios, centrando nuestra atención en los específicos criterios en los que centra su crítica el recurrente”».

También es ilustrativa la Resolución nº 715/2019, 27 de junio, en la interpretación del artículo 145.5 de la LCSP al advertir que:

«El artículo 145.5 de la LCSP impone con carácter general el conocimiento detallado de los criterios de valoración de las ofertas con carácter previo a su presentación:

"Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

- a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado siguiente de este artículo.*
- b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.*
- c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores”.*

De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible a los Pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los Pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución

alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

Por último, conviene citar la Resolución nº 297/2019, 25 de marzo, conforme a la cual: "El artículo 145 del LCSP, establece que: "Criterios de valoración de las ofertas", establece "(...) 2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...) 4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada".

Pues bien, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos, la doctrina de este Tribunal ha señalado (Resolución nº 324/2017, de 6 de Abril de 2017 o Resolución 612/2015, de 6 de julio, entre otras) que "Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rijan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

Así, en la Resolución nº 301/2011, de 7 de diciembre de 2011, se ponía ya de manifiesto que la previa concreción de los criterios de adjudicación es un requisito esencial, pues como recuerda la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008, Asunto Alexandroupulis, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores".

Como este Tribunal ha señalado en anteriores ocasiones (Resoluciones 900/2014, de 5 de diciembre de 2014; 389/2014, de 19 de mayo; 87/2011, de 23 de marzo, o 212/2013, de 5 de junio), el objetivo que persigue la exigencia legal de establecer en los Pliegos los criterios de valoración aplicables y su forma de ponderación no es otro que el de garantizar la objetividad de la Administración en la selección del contratista, así como la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento. Por ello, los criterios de valoración y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los Pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas.

De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible en los pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta que se ajuste a la relación calidad precio determinada por el órgano de contratación, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de

ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios»

No obstant això no pot obviar-se la jurisprudència evacuada en relació al moment processalment adequat per formular la impugnació. Citarem la **Resolució nº 855/2018 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals**, amb cita de la **Sentència de la Sala Contenciòs Administratiu del Tribunal Suprem de 19 de Març de 2001** atés que, entre d'altres extrems, referia a "*Nulidad de los pliegos por no hallarse definidos en los mismos los subcriterios en que se componen los criterios de adjudicación definidos en la cláusula 10ª del PCAP. A su juicio, se han introducido subcriterios de forma novedosa y que no estaban comprendidos en los pliegos*", el Tribunal va pronunciar-se en el fonament jurídic sisè en tal sentit:

"Sexto. En primer lugar, hemos de centrarnos en la impugnación indirecta de los pliegos en lo concerniente a la falta de concreción de los subcriterios dentro de los criterios de adjudicación configurados en la cláusula 10ª del PCAP.

En este motivo de nulidad, procede aclarar que el PCAP es una actuación administrativa dentro del procedimiento de contratación susceptible de impugnación. Pues bien, estos pliegos no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que admitir ahora su impugnación indirecta resulta extemporánea, dado que en efecto, han ganado firmeza en vía administrativa.

Así lo viene aclarando reiterada doctrina de este Tribunal, sirva de ejemplo la reciente Resolución nº 475/2018, de 11 de mayo., en la que recordando la nº 178/2013, de 14 de mayo se advierte que:

"FD 7º.- (...) Ahora bien, es sabido que los Pliegos de Condiciones Contractuales y de Prescripciones Técnicas constituyen parte esencial del mismo contrato, como expresamente proclaman los arts. 115.3 y 116.1 del TRLCSP al establecer que "sus cláusulas se consideran parte de los contratos" y que, por tanto, los requisitos de personal exigidos para las ambulancias, ajustados estrictamente a lo dispuesto por el Real Decreto 836/2012 regulador del transporte sanitario, fueron perfectamente conocidos y aceptados por todos los licitadores al publicarse el anuncio del contrato y presentar sus respectivas ofertas sin que fueran impugnados los Pliegos ni se efectuara observación alguna respecto de su contenido, debiéndose recordar, a este respecto, el principio capital de todo el derecho contractual público de que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 145.1 del TRLCSP, "la presentación de las proposiciones supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna". Esta aceptación por los licitantes, "sin salvedad o reserva alguna", del contenido de los Pliegos al presentar sus proposiciones, hace inviable la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuanto que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra "los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación" (art. 40.2.a), fase en la que el ahora recurrente pudo y debió, en su caso,

interponer los recursos pertinentes si estimaba inadecuados los requisitos exigidos por los Pliegos para la prestación del servicio a contratar, lo que hace inadmisibile la pretensión del recurrente de, contradiciendo sus propios actos, anular la adjudicación ya realizada después de haber aceptado incondicionalmente los Pliegos y haber presentado su propia oferta económica ajustada a los mismos.

Octavo. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma. "Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía". Doctrina plenamente aplicable al supuesto contemplado, como lo ha sido, de hecho, en otras resoluciones de este mismo Tribunal como las recientes 17/2013 y 45/2013 que inadmitieron los recursos interpuestos por su extemporaneidad al no haberse previamente recurrido contra los pliegos o contra los actos previos que constituían realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno".

La consecuencia jurídica de lo ante dicho conlleva la desestimación de la impugnación indirecta de los pliegos por resultar extemporánea y por hallarnos ante actuaciones firmes y consentidas. Además, obiter dicta, hemos de aclarar que los criterios de adjudicación de la cláusula 10ª no están yermos de contenido, pues los subcriterios se coligen de su propio tenor literal puesto en liza con la descripción de la oferta técnica de la cláusula 6ª del PCAP, que concreta y define el contenido del sobre nº 2 referido a la documentación técnica."

C. OBLIGACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ A DICTAR RESOLUCIÓ EXPRESSA

Respecte a la falta de tramitació i resolució del recurs d'alçada al que al·ludeix la comunicació, origen de les presents actuacions, arran de les diligències practicades per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, l'òrgan de contractació va detectar una disfunció en la seva presentació mitjançant el registre electrònic de l'Ajuntament de Barcelona.

A tal efecte cal recordar que l'art. 21 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions recull l'obligació de l'Administració a dictar resolució expressa:

"1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación."

Obligació sobre la que s'ha pronunciat de manera reiterada la Jurisprudència. Ens remetem en aquest sentit a tall d'exemple al fonament jurídic segon *in fine* de la Sentència nº 586/2020 del Tribunal Suprem de data 28 de maig:

"Como muchas veces ha reiterado este Tribunal Supremo, el deber jurídico de resolver las solicitudes, reclamaciones o recursos no es una invitación de la ley a la cortesía de los órganos administrativos, sino un estricto y riguroso deber legal que obliga a todos los poderes públicos, por exigencia constitucional (arts.9.1; 9.3; 103.1 y 106 CE), cuya inobservancia arrastra también el quebrantamiento del principio de buena administración, que no sólo juega en el terreno de los actos discrecionales ni en el de la transparencia, sino que, como presupuesto basal, exige que la Administración cumpla sus deberes y mandatos legales estrictos..." y no se ampare en su infracción -como aquí ha sucedido- para causar un innecesario perjuicio al interesado".

D'altra banda, i com a correlació de l'obligació de resoldre expressament, l'art. 35 i 36 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre recullen la motivació dels actes administratius, a tal efecte, es cita la Sentència 2414/2012 d'4 d'abril, de la Sala Tercera del Contenciós Administratiu del Tribunal Suprem que en el seu fonament jurídic segon adherint-se als fonaments de dret tercer i quart de la sentència recorreguda:

"A estos efectos ha de recordarse que el deber de la Administración de motivar sus actos, como señala el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 19 de noviembre de 2001, tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad proclamado en el artículo 103 de la Constitución, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el artículo 106 de la misma Constitución, siendo, en el plano legal, el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con suscita (sic) referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, a la finalidad de que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión."

Finalment, es cita la Sentència del Tribunal Suprem de 15 d'octubre de 2010 que connecta el deure de motivació amb el dret de la ciutadania a una bona administració:

"(...) El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con

objetividad los intereses generales y de actuar con sumisión plena a la Ley y al derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por la tribunales del contencioso-administrativo. El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de las arbitrariedad de los poderes públicos, que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103, al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004. El deber de motivación de las administraciones públicas se conecta con el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.»

D. PRÀCTIQUES COL·LUSORIES

El principi de no discriminació i igualtat de tracte entre les licitadores es troba recollit a l'art. 1 de la LCSP i, concretament, 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 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. Els òrgans de contractació han de vetllar en tot el procediment d'adjudicació per la salvaguarda de la lliure competència".

El principi d'igualtat de tracte dels licitadors té per objectiu afavorir el desenvolupament d'una competència sana i efectiva entre les empreses que participen en una contractació pública, imposa que tots els licitadors disposin de les mateixes oportunitats al formular els termes de les seves ofertes i 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).

En aquesta línia, 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.

D'altra banda, el dret de la competència té com objectiu assegurar que les empreses han de concórrer entre si de manera independent i autònoma respecte la resta de licitadores. Per tant, a sensu contrari, la restricció de la lliure competència es defineix com la limitació de la llibertat d'actuació d'una empresa en el mercat.

L'art. 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència defineix el concepte de conductes col·lusòries:

"Artículo 1. Conductas colusorias

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

D'altra banda, l'art. 150.1 in fine de la LCSP, respecte les pràctiques col·lusòries, recull que:

"Si en l'exercici de les seves funcions la mesa de contractació o, si no n'hi ha, l'òrgan de contractació té indicis fonamentats de conductes col·lusòries en el procediment de contractació, en el sentit que defineix l'article 1 de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència, els ha de traslladar amb caràcter previ a l'adjudicació del contracte a la Comissió Nacional dels Mercats i la Competència o, si s'escau, a l'autoritat de competència autonòmica corresponent, per tal que a través d'un procediment sumaríssim es pronunciï sobre aquells. La remissió dels indicis esmentats té efectes suspensius en el procediment de contractació. Si la remissió l'efectua la mesa de contractació, n'ha de donar compte a l'òrgan de contractació. El procediment al qual es refereix aquest paràgraf s'ha de regular per reglament."

En aquest mateix sentit es pronuncia el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals en la seva resolució 466/2019 de 30 d'abril de 2019, extracte de la qual es procedeix a la seva reproducció:

*"Pero cuestión distinta es que varias empresas, independientemente de que se trate de un grupo, se hayan concertado previamente para influir en el resultado de esa licitación, efecto que es contrario al principio de libre competencia. **Pero, para ello, resulta necesario que se acredite que existen vinculaciones entre ellas***

de tal gravedad que puedan suponer la existencia de una sola unidad de negocio. No se admite la posibilidad de la exclusión automática de un licitador por la existencia de este tipo de indicios, sino que será necesario que se pongan de manifiesto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al objeto de que decida si efectivamente esos indicios pueden ser o no constitutivos de práctica colusoria y, con su decisión, será finalmente el órgano de contratación el que deberá adoptar la decisión correspondiente.

El punto de partida normativo para ello, se encuentra dentro del art. 57.4, d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, donde se establece que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando "tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia". Y la constatación de esos indicios, ha de venir necesariamente de acuerdo con la LCSP, de la CNMC, tal y como resulta de lo dispuesto dentro del art. 132.3 de la LCSP, donde se dispone lo siguiente: "Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

...

Sobre lo que puede considerarse tales indicios de esas prácticas colusorias, no existe ninguna enumeración legal concreta al respecto, siendo una cuestión que deberá resolverse caso por caso, analizando los aspectos y comportamientos de cada una de esas empresas y procediendo de acuerdo con la doctrina del levantamiento del velo, la cual, se acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, "(...) exige la existencia de un patrimonio único y global, creación de empresas aparentes sin actividad en la búsqueda conjunta de dispersión y elusión de responsabilidades, con el único fin de defraudar en beneficio de unos intereses conjuntos. Además, a esta figura debe de acompañar la excepcionalidad y aplicación restrictiva lo que, fuera de un contexto de interpretación estricta o literal de las mismas refieren, más bien, la necesaria aplicación prudente y moderada que debe acompañar a esta figura (...)", llegando el Alto Tribunal a la conclusión de que: "El hecho de compartir mismo objeto social, socios y mismo domicilio no es motivo suficiente para aplicar la teoría del levantamiento del velo, al considerar el TS también necesario el probar la confusión de patrimonios o el carácter instrumental de las empresas filiales a fin de acreditar el abuso de la personalidad de la sociedad" (STS, Sala 1ª, de 29 septiembre 2016).

Con el fin de facilitar esta tarea, y aprovechando las referencias que se contienen dentro de la LCSP, la CNMC aprobó la "Guía sobre contratación pública y Competencia", de 2011, donde aparecen varios casos de lo que denomina "Indicadores" de ese tipo de prácticas, entre las que aparece, sin ánimo de exhaustividad, las relativas a la presentación de ofertas idénticas en el fondo o en la forma, la constatación de la indicación de un mismo representante, un mismo domicilio social o una misma

dirección de correo o de e-mail, la aparición del mismo error en las ofertas, la existencia de un mismo administrador en todas ellas, etc."

RECOMANACIÓ

I. L'òrgan gestor de la contractació va licitar el contracte amb publicitat prèvia a la plataforma de contractació de la Generalitat de Catalunya, per tal que les empreses interessades poguessin presentar proposta, anant més enllà de les exigències legals establertes per a la contractació menor. A tal efecte, cal observar que van concórrer sis empreses a la licitació.

II. Respecte a la manca de resposta de l'escrit d'interposició de recurs d'alçada contra l'acord d'adjudicació del contracte menor, i atès el reconeixement d'una disfuncionalitat en el registre electrònic, detectada arran de les diligències d'actuació portades a terme per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, es recomana a l'òrgan de contractació que procedeixi a realitzar un informe sobre la disfuncionalitat detectada, i doni trasllat a l'organisme competent per el seu coneixement i sobre tot per si aquesta disfuncionalitat pogués ser extensiva a altres departaments.

Així mateix, atès el compromís de pronunciament per part de l'òrgan de contractació respecte el recurs d'alçada interposat, procedeix sol·licitar-li l'impuls procedent per a la seva tramitació i resolució expressa, incidint en el requisit de la seva motivació d'acord amb la normativa d'aplicació i la jurisprudència al respecte.

III. Respecte a la manifestació de la persona comunicant sobre la presumpta existència de pràctiques competitives irregulars, i la documentació aportada respecte a la presumpta vinculació laboral entre la persona física adjudicatària i l'empresa es dona trasllat d'aquesta informació a l'òrgan de contractació per si fos rellevant en l'àmbit de la seva competència i d'acord amb el que estableixen els articles 1 i 132 de la LCSP.

IV. PROCEDIMENT NEGOCIAT. EXIGÈNCIA D'AJUSTAR-SE ALS REQUISITS LEGALMENT ESTABLERTS

A la Bústia Ètica es va rebre comunicació respecte la presumpta irregularitat en l'adjudicació d'un contracte de serveis seguint el procediment negociat sense publicitat. En concret en un debat a la Comissió d'Economia i Hisenda es va decidir no prorrogar aquest contracte, ja que es va considerar que no havia estat ajustat a la normativa aplicable vigent⁸⁰, i que la seva facturació era desproporcionada.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

I. L'article 170 apartat d) del TRLCSP indica el següent:

"Supòsits generals

En els termes que s'estableixen per cada tipus de contracte en els articles següents, els contractes que celebrin les Administracions Públiques podran adjudicar-se mitjançant procediment negociat amb els següents casos:

d) Quan, per raons tècniques o artístiques o per motius relacionats amb la protecció de drets d'exclusiva el contracte sol es pot encomanar-se a un empresari determinat."

A l'Informe 2/2016, de 6 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent). Assumpte: Adjudicació de contractes mitjançant procediment negociat sense publicitat, per raons tècniques o artístiques en les seves consideracions jurídiques manifesta el següent:

"Com és sabut, l'adjudicació dels contractes s'ha de realitzar, ordinàriament, utilitzant el procediment obert o restringit, de manera que el procediment negociat és un procediment de caràcter excepcional que únicament es pot utilitzar en els supòsits enumerats taxativament en el TRLCSP, els quals han de ser objecte d'interpretació restrictiva. El TRLCSP estableix supòsits generals d'aplicació d'aquest procediment (article 170) i, a més, supòsits específics per a cada tipus de contracte (articles 171 a 175), entre els quals es troba el relatiu al fet que el valor estimat del contracte estigui per sota d'un determinat llindar en el cas dels serveis, 100.000 euros, havent de ser objecte de publicitat quan superin els 60.000 euros.

Així, la concurrència d'un dels supòsits previstos en el TRLCSP, generals o específics, habilitat, per si mateix, per utilitzar aquest procediment, sense que el requisit de la quantia del contracte hagi de concórrer de

⁸⁰ La normativa vigent aplicable als fets comunicats era el RDL 3/2011, de 14 de novembre.

manera addicional. Per tant, en el cas concret d'utilització del procediment negociat per concórrer la causa establerta en l'article 170 d) del TRLCSP requereix que es donin raons tècniques o artístiques que comportin que el contracte només pugui encomanar-se a una empresa determinada, amb independència de la seva quantia.

L'article 170 d) del TRLCSP habilita la utilització del procediment negociat sense publicitat "quan per raons tècniques o artístiques o per motius relacionats amb la protecció de drets d'exclusiva, el contracte només es pugui encomanar a un empresari determinat". Aquesta causa té el seu origen en el dret comunitari en matèria de contractació pública, en concret, en l'article 31.1 b de la Directiva 2004/18/CE i en l'article 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE que en manté la previsió i la regula amb més concreció.

D'acord amb la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea (d'ara en endavant, TJUE) aquest supòsit d'utilització del procediment negociat ha de ser objecte d'una interpretació estricta i, en tot cas, la seva aplicació està subjecta a dos requisits acumulatius, d'una banda que existeixin raons tècniques, artístiques o de drets d'exclusivitat i, d'altra banda, que aquestes raons facin absolutament necessària l'adjudicació del contracte a una empresa determinada⁸¹

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat també s'ha pronunciat respecte d'aquesta causa habilitant d'utilització del procediment negociat, entre d'altres, en l'Informe 11/04, de 7 de juny, en el qual indica que el precepte que la preveu "no es refereix a la mera conveniència o oportunitat" d'adjudicar el contracte directament a un empresari sinó que, taxativament, disposa que procedirà quan (només es pugui encomanar a un únic empresari"; i, en l'Informe 52/06, d'11 de desembre, en el qual assenyala que el que és decisiu és que existeixi un únic empresari a qui pugui encomanar-se l'execució del contracte, "essent motiu indirecte i remot que això sigui degut a la seva especificitat tècnica, artística o per motius relacionats amb la protecció de drets exclusiva".

Per tant, la circumstància essencial per aplicar el procediment negociat per la causa de l'article 170 d) del TRLCSP és que objectivament existeixi una única empresa o professional capacitada per realitzar la prestació objecte del contracte, ja sigui per una raó tècnica artística o de drets d'exclusiva (de manera que sigui innecessària la licitació del contracte, ja que no existeix possibilitat de promoure la concurrència.

A més, cal tenir en compte que aquesta causa d'utilització del procediment negociat no només implica una restricció de la concurrència i a la publicitat, sinó també a la pròpia regla establerta en la TRLCSP relativa a la necessitat de sol·licitar ofertes, almenys, a tres empreses capacitades per a la realització de l'objecte del contracte, sempre que això sigui possible. És justament per aquest motiu que s'ha d'utilitzar en

⁸¹ Així es va determinar en la Sentència de 3 de maig de 1994 (assumpte C-328/92), en la qual el TJUE va declarar l'incompliment de l'Estat espanyol de les obligacions que li incumbien en virtut del dret comunitari en matèria de contractació pública en exigir, en la legislació bàsica de la Seguretat Social, que l'Administració adjudiqués per procediment directe, sense publicitat ni concurrència, els contractes públics de subministrament de productes i especialitats farmacèutiques a les institucions de la Seguretat Social. Segons el TJUE no és suficient que els productes i especialitats farmacèutiques estiguin protegits per drets exclusius, sinó que, a més és necessari que únicament es puguin fabricar o entregar per un proveïdor determinat, per tant, que es tracti de productes i especialitats per als quals no existeixi competència en el mercat. Posteriorment, es va reiterar en la Sentència de 14 de setembre de 2014 (assumpte C-385/02), i en la Sentència de 2 de juny de 2005 (assumpte C-394/02).

circumstàncies molt excepcionals que s'han de motivar i acreditar suficientment en l'expedient de contractació⁸².

De fet, l'òrgan de contractació és qui ha d'assumir la càrrega de la prova que concorren les circumstàncies que habiliten l'aplicació d'aquest supòsit, no sent suficient, per la seva pròpia excepcionalitat, la incorporació a l'expedient d'una declaració responsable o certificat d'exclusivitat de la mateixa empresa que justifiqui que és l'única que pot executar la prestació objecte del contracte, sinó que és necessari que l'òrgan de contractació, mitjançant, en el seu cas, els serveis tècnics competents, justifiqui i acrediti l'exclusivitat.⁸³

En tot cas, l'exclusivitat per motius tècnics o relacionats amb la protecció de drets d'exclusivitat no es trobaria justificada quan fos conseqüència d'unes especificacions tècniques definides perquè el contracte només es pogués adjudicar a una determinada empresa, en la mesura que s'exigissin uns requisits que només pogués complir una única empresa o professional, quan existissin solucions equivalents en el mercat.⁸⁴

Actualment, l'article 32.2b) de la Directiva 2014/24/UE preveu que es pugui utilitzar quan les obres, subministraments i serveis només puguin ser proporcionats per un operador econòmic concret perquè l'objectiu de la contractació sigui la creació o adquisició d'una obra d'art o actuació artística única, no existeixi competència per raons tècniques, o s'hagin de protegir drets exclusius, inclosos els drets de propietat intel·lectual o industrial, i que aquestes dues últimes excepcions "només s'aplicaran quan no existeixi alternativa o substitut raonable i quan l'absència de competència no sigui el resultat d'una restricció artificial dels paràmetres de la contractació".

En relació amb aquest supòsit d'utilització del procediment negociat sense publicitat, cal tenir en compte també que el considerant 50 de la Directiva 2014/24/UE estableix que, pels seus efectes perjudicials sobre la competència, s'ha d'utilitzar únicament en circumstàncies molt excepcionals; que les excepcions s'han de limitar als casos en què la publicació no sigui possible, atès que "no generaria més competència o millors resultats de contractació, per exemple, perquè objectivament hi hagi un operador econòmic que pugui

⁸² Així, el Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia en la Resolució 75/2012, de 12 de juliol, indica que la seva utilització exigeix la constatació i acreditació clara i irrefutable que concorre aquella exclusivitat, i que, en cas contrari, el procediment es trobaria afectat per un vici de nul·litat de ple dret.

⁸³ El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (ara en endavant, TACRC) en la Resolució 504/2014, de 4 de juliol, estableix que és necessari incorporar a l'expedient dels contractes adjudicats per procediment negociat per raons d'exclusivitat un certificat emès per un tècnic independent de l'empresa adjudicatària, en el qual s'acrediti efectivament que aquesta és l'única que pot realitzar l'objecte del contracte. Així mateix, s'indica pel Tribunal de Comptes en l'Informe 1011, de 23 de desembre de 2013, de fiscalització de la contractació celebrada durant els exercicis 2010 i 2011 per les entitats estatals que, d'acord amb la Llei de contractes del sector públic, tenen la consideració d'administracions públiques.

⁸⁴ En l'Informe 15/2012, de 30 de novembre, respecte de la utilització del procediment negociat per la causa de l'article 170 d) del TRLCSP per a l'adquisició d'una determinada vacuna, aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa ja va assenyalar que les raons tècniques no es donen quan es descarta un altra vacuna que té una funcionalitat equivalent alhora que es defineixen unes especificacions tècniques per referència a un producte subjecte a patent; i que, per tant, si des del punt de vista tècnic es dona l'equivalència, res ha d'impedir la concurrència efectiva de les diverses propostes de producte equivalents i l'articulació jurídica de la contractació s'ha de correspondre amb l'obertura del mercat a través d'un dels procediments ordinaris de contractació.

executar el contracte"; i que aquest és el cas de les obres d'art en què la identitat de l'artista determina intrínsecament el valor i el caràcter únics del mateix objecte artístic. Així mateix, determina que l'exclusivitat també pot sorgir per altres motius, però que "únicament les situacions d'exclusivitat objectiva poden justificar el recurs al procediment negociat sense publicació", i sempre que "no hagi estat creada pel propi poder adjudicador amb vista al futur procediment de contractació"; i que "els poders adjudicadors que s'acullin a aquesta excepció han de motivar per què no existeixen altres alternatives, com per exemple la utilització d'altres canals de distribució, fins i tot fora de l'Estat membre del poder adjudicador, o la presa en consideració d'obres subministraments o serveis comparables des del punt de vista funcional"⁸⁵

A més, aquest considerant 50 especifica que quan la situació d'exclusivitat sigui per raons tècniques, s'han de definir i justificar rigorosament per a cada cas particular; que entre aquestes raons cal citar "la pràctica impossibilitat tècnica que un altre operador econòmic assoleixi els resultats necessaris, o la necessitat d'utilitzar coneixements tècnics, eines o mitjans específics que només estiguin a la disposició d'un únic operador econòmic", i que "poden derivar-se raons tècniques dels requisits específics en matèria d'interoperabilitat o de seguretat que hagin de complir-se a fi de garantir la idoneïtat de les obres, subministraments o serveis que vagin a contractar-se".

En definitiva, l'adjudicació d'un contracte a l'empara de l'article 170 d) del TRLtCSP fonamentat en la concurrència de raons artístiques o tècniques, procedeix quan és impossible promoure la concurrència perquè objectivament existeix una única empresa o professional que pugui encarregar-se de l'execució del contracte, la qual cosa s'ha de justificar i acreditar per l'òrgan de contractació en l'expedient. En tot cas, no concorre una raó tècnica en el sentit d'aquest precepte quan existeixin alternatives raonables en el mercat i exclusivitat fos conseqüència d'exigir uns requisits tècnics els quals ja es coneix que només es poden complir per una empresa determinada."

També enumerem les següents resolucions:

Resolució 195/2017 Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta de Andalusia.

"La resolución analiza un supuesto en que se acude a esta modalidad de procedimiento negociado para adjudicar el servicio de mantenimiento del personal de guardia médica de un centro hospitalario a la empresa encargada de explotar las cafeterías de dicho hospital.

El Tribunal argumenta que para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que sólo puede cumplir una empresa determinada.

⁸⁵ En aquest sentit, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 35/06, de 30 d'octubre, ja va afirmar que l'àmbit territorial de l'exclusivitat depèn de l'objecte del contracte i que "el decisiu és que, pel conducte que sigui adequat i suficient, es justifiqui l'existència d'un únic empresari que pugui realitzar l'objecte del contracte, sense restricció de l'àmbit territorial de l'exclusivitat".

A continuació, es transcriuen els apartats més rellevants de la Resolució:

«En definitiva, pues, para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que, es imposible promover la concurrencia porque objetivamente sólo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada. En el caso aquí examinado, la justificación de la exclusividad por las razones técnicas obrantes en el expediente de contratación -que ha conducido a promover un procedimiento negociado para la contratación del servicio de mantenimiento del personal de guardia con la empresa SERUNIÓN- no acredita que sea imposible promover la concurrencia porque solo esta empresa pueda objetivamente encargarse de la prestación; en este sentido, no es aventurado afirmar que en el mercado deben existir otros operadores que podrían ejecutar el servicio. Las razones que se esgrimen en el expediente (documento justificativo de la exclusividad) y que con más detalle se explicitan en el informe al recurso están basadas en circunstancias que han sido originadas por la propia Administración contratante como consecuencia de un contrato anterior formalizado en 2003 que contemplaba una doble prestación, de un lado, las obras de reforma y explotación de las cafeterías y de otro, el servicio mantenimiento del personal de guardia, contrato del que posteriormente se desgaja esta última prestación, la cual, no obstante, se ha seguido prestando en virtud de sucesivos procedimientos negociados sin publicidad por la empresa encargada de explotar las cafeterías -inicialmente, la UTE adjudicataria del contrato suscrito en 2003 y posteriormente, SERUNIÓN en virtud de la cesión del contrato-. Así pues, las circunstancias expuestas pueden determinar la conveniencia u oportunidad para la Administración de que el servicio de mantenimiento del personal de guardia se ejecute por la misma empresa que explota las cafeterías, ya que así se dispone del espacio físico de estas para la realización del servicio de mantenimiento y además se cubren -como se señala en el informe al recurso importes de amortización de las inversiones realizadas en obras y equipamiento como consecuencia del primitivo contrato de instalación y explotación de las cafeterías -amortización que, por otro lado, debió haberse realizado durante el plazo de 12 años de ejecución del contrato y no también durante la vigencia de su prórroga que, al tiempo de formalización de aquel, no era un elemento cierto del contrato-.

Ahora bien, tales motivos no constituyen, en modo alguno, causa objetiva determinante de que solo la actual empresa que explota las cafeterías del hospital, SERUNIÓN, pueda encargarse de la prestación del servicio de mantenimiento y ello por dos razones:

Porque, en terminología de la propia Directiva 2014/24, existe alternativa en el mercado para la ejecución de esta prestación, como lo demuestra el interés de la propia recurrente en que se promueva la concurrencia, y

Porque la exclusividad se fundamenta en razones que no son objetivas, sino que obedecen a una situación singular generada por la propia Administración contratante, a raíz de un contrato mixto anterior que vinculaba el servicio de mantenimiento con el de instalación y explotación de cafeterías en el recinto hospitalario.

Es más, aun cuando se entendiera que en el supuesto examinado no existe competencia para la ejecución de la prestación, ello sería consecuencia del propio contenido de los pliegos (cláusula 2 del PPT) que imponen la realización del servicio de mantenimiento en las cafeterías que explota SERUNIÓN. Por tanto, la supuesta ausencia de competencia no es objetiva ni real, sino artificial o fruto de unos requerimientos del PPT que solo puede cumplir aquella entidad.

Como señala la recurrente, el servicio de manutención del personal de guardia podría prestarse en otro espacio habilitado a tal fin en el recinto hospitalario y distinto a las cafeterías o permitiendo la elaboración de los alimentos fuera del hospital para su posterior entrega en el centro sanitario. El único impedimento para que ello sea así y por ende, para que se promueva la concurrencia es el contenido de la cláusula 2 del PPT cuando exige que la prestación se lleve a cabo en el recinto de las cafeterías. Por ello, no puede admitirse la afirmación del órgano de contratación de que no es posible el servicio de manutención del personal de guardia si no existiera y estuviera disponible la concesión de explotación de las cafeterías; tal imposibilidad no es objetiva y obedece -como hemos indicado- a razones de conveniencia u oportunidad que se tornan claramente insuficientes cuando se trata de limitar el principio de concurrencia como principio angular de la contratación pública que impregna todo el contenido del TRLCSP. Así pues, no habiendo quedado acreditado por el órgano de contratación que SERUNIÓN sea la única empresa que, objetivamente, pueda encargarse de ejecutar la prestación, se ha de dar la razón a EUREST cuando afirma que no puede contratarse el servicio de manutención mediante procedimiento negociado al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP. Ahora bien, una vez declarada la nulidad de la licitación promovida, es el órgano de contratación y no este Tribunal el que tendrá que decidir si procede licitar en pública concurrencia las dos prestaciones conjuntamente (explotación de las cafeterías y servicio de manutención del personal de guardia) o solo esta última, por lo que no procede atender la pretensión de la recurrente sobre tales extremos."

Resolució Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta de Andalucía 75/2012 de 12 de juliol de 2012.

"En relación con la adjudicación del contrato denominado "suministro de semillas radioactivas 1-125, exclusivas de la firma Nucletron para los Hospitales Virgen de las Nieves y San Cecilia de Granada {Expte. 0000067/2012} se señalaba que "Nucletron B. V, casa matriz de Nucletron SA, es el suministrador exclusivo de cartuchos de semillas radiactivas de 1-125 para tratamientos de braquiterapia con Seed Selectron."

ECKERT&ZIEGLER IBERIA, S.L solicitó al poder adjudicador información acerca de las razones por las cuales el contrato se adjudicó mediante procedimiento negociado sin publicidad cuando en el mercado existían distintas empresas suministradoras del mismo producto, y más tarde presenta recurso especial.

En el supuesto analizado, la empresa recurrente no tiene la condición de licitador en el procedimiento de adjudicación porque se ha acudido a un procedimiento negociado sin publicidad en el que se ha invitado a participar a una única empresa. Por tanto, sin prejuzgar la cuestión de fondo, ninguna duda plantea el interés legítimo que ostenta la recurrente, habida cuenta de la ventaja o utilidad jurídica que, en términos de la sentencia expuesta, le reportaría el que su pretensión prosperase.

Esta empresa recurre sobre la base de decir ser fabricante y suministradora de semillas 1-125 para el tratamiento del cáncer de próstata por medio de la técnica de braquiterapia, con solvencia técnica, económica y financiera, así como capacidad suficiente para participar en licitaciones como la que es objeto del recurso.

El informe del órgano de contratación sobre el recurso no alberga ninguna duda corrobora y sin objeción el motivo fundamental del recurso al admitir expresamente la existencia de procedimientos abiertos, en el ámbito de otros hospitales del Servicio Andaluz de Salud, para la adjudicación de contratos de suministro con el mismo objeto.

A la vista de cuanto se ha expuesto, resulta claro que el procedimiento adecuado para la adjudicación del contrato no era el procedimiento negociado sin publicidad y mucho menos, al amparo de lo dispuesto en el

artículo 170 d) del TRLCSP, es decir, "cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado."

El procedimiento negociado sin publicidad es un procedimiento excepcional en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos que consagra el artículo 1 del TRLCSP. En este sentido, el artículo 138.2 del citado texto legal dispone que "La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo."

En definitiva, la Llei 30/2007, de 30 d'Octubre, de Contractes del Sector Públic, incorpora al nostre ordenament les directrius de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes d'obra, de subministrament i serveis- i posteriorment, el vigent TRLCSP estableix els supòsits tasats en que es pot anar al procediment negociat.

En aquest supòsit ens trobem que l'òrgan de contractació es va emparar en utilitzar el procediment negociat sense publicitat prèvia amb l'existència d'un únic empresari al que encomanar l'execució del contracte. En aquest supòsit que es recull en l'article 170 d) del TRLCSP s'exigeix la constatació i acreditació clara i irrefutable de què concorri aquella exclusivitat i que això comporta no només restringir la lliure concurrència, respecte als procediments ordinaris oberts i restringits, sinó que també prescindeix de la publicitat que és un principi que regeix, igualment, en determinats supòsits del procediment negociat.

L'article 178.1 del TRLCSP, estableix com a regla general que en el procediment negociat és sol·licitin ofertes, al menys, a tres empreses capacitades per la realització de l'objecte del contracte, sempre que sigui possible. No obstant, a aquesta regla general, hi ha una excepció en l'apartat d) de l'article 170 del TRLCSP, que sigui un únic empresari que pugui executar el contracte.

Tornant al contingut de la Resolució del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia 75/2012, de 12 de juliol de 2012, conclou amb el següent:

"En definitiva, cuanto se ha expuesto obliga a considerar que la adjudicación del objeto del recurso interpuesto se ha llevado a cabo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido -abierto o restringido conforme al artículo 138.2 del TRLCSP- e incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho según lo estipulado en los artículos 32 a) del TRLCSP y 62.1 e) de- la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La nulidad señalada no sólo afecta al acto de adjudicación sino a todas y cada una de las actuaciones previas realizadas en el procedimiento, comenzando por la resolución del Director Gerente del Hospital Universitario Virgen de las Nieves, de 15 de febrero de 2012, por la que se autorizó el inicio del expediente de contratación, resolución que se fundó, de modo incomprensible, en una declaración de la empresa adjudicataria y en un informe interno de la Unidad de Radiofísica del propio Hospital sobre la exclusividad de un empresario concreto para la realización del suministro."

La interpretació d'aquest precepte normatiu és coincident tant a les Juntes consultives de contractació pública com a la jurisprudència que hem citat i podem **resumir** que el **procediment negociat és un procediment d'adjudicació dels contractes excepcional, davant els dos**

procediments ordinaris, l'obert i el restringit, regulats en l'article 138.2 del TRLCSP i 26.2 de la Directiva de Contractació. (Aquest caràcter de procediment excepcional ja es predicava en les Directives 93/36 (considerant 12) i 93/37 (considerant 8). Solament poden ser utilitzats en els supòsits legalment establerts, i aquests casos **han d'interpretar-se restrictivament** (Dictamen motivat de la Comissió CE contra Espanya 2014/2008, de 27 de novembre de 2008; STJUE de 5 de desembre de 2013, assumpte C-561/12). També s'ha d'indicar que en els supòsits legals **cal interpretar-los de forma restrictiva** i estricta ja que afecten als principis de concurrència i eficiència. Citem a títol d'exemple la Sentència Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 2013 (rec.1749/2010).

La Directiva 2014/24 de contractació destaca aquest caràcter absolutament excepcional d'aquest procediment, molt especialment quan no s'efectua publicitat, i matisa els supòsits en els que s'ha d'utilitzar en el seu considerant 50:

"En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero sólo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación."

En l'expedient de contractació de la prestació de serveis del període a l'any XXX es van presentar dues empreses la qual cosa, evidencia la concurrència en el mercat d'altres empreses amb capacitat per a la prestació del servei objecte del contracte, **deixant òrfana de justificació l'argumentació d'exclusivitat de l'adjudicatària del primer contracte i per tant de la modalitat contractual emprada en aquell moment.**

II. És obvia la necessitat i idoneïtat de remarcar la fase de preparació del contracte a fi de minimitzar el risc de contaminació de qualsevol tràmit del procés. Des de l'òptica de la transparència i la integritat en els procediments de contractació, les actuacions d'elaboració dels projectes, els estudis i els plecs de condicions tècnics i administratius, poden ser determinants per a l'adjudicació del contracte i essencials perquè el contracte cobreixi la necessitat o objectiu que es pretenen satisfer amb el mateix i garantir la seva correcta execució. És essencial la necessitat de l'orientació preparatòria d'un contracte que és la que pot determinar una solució tècnica que compleixi, amb la màxima rigurositat, amb les condicions d'igualtat i concurrència necessàries en tot procediment de contractació administrativa.

Com a complement de l'esmentat en el paràgraf anterior cal destacar la necessitat real per satisfer l'interès general que justifica celebrar cada contracte, acreditant la proposada és la forma més

eficient i idònia per cobrir la necessitat corresponent. El deure de motivació, i en general el caràcter formalista de la contractació Administrativa, és garantia de legalitat i la justificació de la necessitat i idoneïtat d'un contracte amb una premissa de l'eficiència de la contractació, una acció bàsica, fonamental i precisa del principi de bona administració

RECOMANACIÓ

- **Que es vetlli per adoptar els mecanismes necessaris en la fase de preparació dels contractes per adequar al màxim l'adequació dels processos d'adjudicació previstos en cadascun dels expedients de contractació pública a fi de garantir la pública concurrència i la lliure competència.**
- **Assegurar la motivació i valoració de la necessitat i idoneïtat del contracte no sent una mera exigència formal establerta a la Llei de Procediment Administratiu Comú sinó un requeriment substancial de l'expedient de contractació per assegurar que el procediment administratiu és l'adequat.**

V. CONTAMINACIÓ DE LA INFORMACIÓ CONTINGUDA EN ELS SOBRES DE LES LICITADORES. EXIGÈNCIA DEL CONTROL DE LA RECEPCIÓ DE LES PROPOSICIONS

A Bústia Ètica s'ha rebut comunicació relativa a possibles irregularitats en el procés de licitació d'un contracte. En concret que dues de les empreses que van presentar ofertes per aquesta licitació, havien incorporat informació en el sobre núm. 2 que havien d'haver incorporat en el sobre núm. 3, i una altra empresa que havia presentat també oferta per participar en aquesta licitació, havia incorporat en el sobre núm. 2 certificats que permetien conèixer informació que s'havia de valorar en el sobre núm. 3, com detallava el plec de clàusules particulars d'aquesta contractació pública. Aquesta circumstància ha plantejat dubtes interpretatius que podrien comprometre el principi d'igualtat entre els licitadors en funció de les possibles interpretacions que s'efectuïn de la normativa aplicable per resoldre el supòsit que ens ocupa, o bé excloure a les tres empreses que es van presentar a la licitació o excloure únicament els punts que estaven compromesos a l'haver facilitat la informació anticipadament per part de les empreses en el sobre núm. 2. La persona comunicant demana una interpretació dels fets descrits i que són l'objecte de la comunicació.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

I. Els plecs de clàusules administratives particulars (a diferència dels generals, l'aprovació dels quals és potestativa) són d'existència obligatòria en tots els expedients de contractació (a excepció dels contractes menors, per als quals la Llei dispensa de la majoria de tràmits i documents).

Per això, l'article 122.1 de la Llei 9/2017 de 8 de novembre, de contractes del Sector Públic⁸⁶ estableix, en termes imperatius, que *"els plecs de clàusules administratives particulars s'han d'aprovar prèviament a l'autorització de la despesa o conjuntament amb aquesta, i sempre abans de la licitació del contracte, o si no n'hi ha, abans de la seva adjudicació, i només podran ser modificats amb posterioritat per error material, de fet o aritmètic. Altrament, la modificació del plec comportarà la retroacció d'actuacions"*.

L'aprovació del plec de clàusules administratives particulars correspon a l'òrgan de contractació, previ informe del servei jurídic en l'Administració General de l'Estat, els seus organismes autònoms, entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat social i altres administracions públiques

⁸⁶ Llei no vigent quan es van produir els fets comunicats.

integrants del sector públic estatal (informe que no serà necessari quan s'ajusti a un model de plec que hagi estat prèviament objecte d'aquest informe). En les entitats locals han d'informar prèviament el secretari (o, si s'escau el titular de l'òrgan que tingui atribuïda la funció d'assessorament jurídic en els municipis als quals s'aplica el règim de gran població) i l'interventor.

Pel que fa al contingut dels plecs de clàusules administratives particulars, i tal com avançàvem, l'article 122.2 concreta que hauran d'incloure *"els criteris de solvència i adjudicació del contracte, les consideracions socials, laborals i ambientals que com a criteris de solvència, d'adjudicació o com a condicions especials d'execució s'estableixin, els pactes i condicions definidors de drets i obligacions de les parts del contracte, la previsió de cessió del contracte llevat dels casos en què la mateixa no sigui possible; l'obligació de l'adjudicatari de complir les condicions salarials dels treballadors d'acord amb el Conveni Col·lectiu sectorial d'aplicació, i les altres mencions requerides per la Llei i les seves normes de desenvolupament"*.

Tenen naturalesa contractual atès que els contractes han d'ajustar-se preceptivament als plecs i les seves clàusules i es consideren part integrant d'aquest.

La jurisprudència, de forma majoritària, interpreta que quan els plecs han adquirit fermesa han de ser interpretats d'acord amb les regles d'interpretació del Codi Civil.

II. Quan els termes dels plecs no són clars, plantegen dubtes sobre la seva intenció i no hi ha una única interpretació lògica dels mateixos, encara que s'estigui a la seva literalitat, ambigüitat, o la contradicció d'altres clàusules dels plecs, no poden interpretar-se a favor de la part que les ha redactat per la qual cosa s'ha de declarar la nul·litat de totes aquelles que resultin ambigües o contradictòries. Trobem a títol d'exemple la Resolució Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals 61/2016 de 29 de gener de 2016 que manifesta el següent: *"La oscuridad de la cláusula alegada por la recurrente ha de canalizarse en las referidas reglas de interpretación de los contratos, de tal suerte que no puede redundar en perjuicio de los licitadores ni ser generadora de tratamientos discriminatorios, como el invocado por la impugnante, contrarios a los antedichos principios rectores de la contratación del sector público"*.

La Mesa de contractació, en la sessió celebrada, va encarregar a la mateixa empresa d'enginyeria que va col·laborar en la redacció dels plecs d'aquesta licitació que valorés el sobre 2 (criteris avaluable per judici de valor) mitjançant informe tècnic.

Del contingut de l'informe tècnic queda palès que les ofertes presentades per les empreses esmentades no van complir amb les condicions establertes en els plecs de condicions particulars, la qual cosa comporta la seva exclusió per incompliment del que estableix la clàusula 13.3 del Plec. Aquesta causa és suficient per a no entrar a valorar cap documentació més dels altres sobres presentats i no es pot admetre com a possibilitat per prosseguir amb la tramitació de les actuacions d'aquesta contractació la possible exclusió de la puntuació dels XX punts: primer per incompliment de les clàusules del plec i perquè també comporta un quebrantament del principi d'igualtat i de la lliure concurrència ja que el certificat QAL1 requerit és d'abast públic (*pàgina web <http://qal1.de> (de*

lliure accés al públic) que inclou els certificats QAL1) per la qual cosa desvirtua la puntuació relativa als criteris avaluable mitjançant fórmules matemàtiques.

Per tant, la decisió presa per la Mesa de contractació de proposar el desistiment de la licitació a què es refereix aquesta recomanació per tal de preservar el principi d'igualtat de tracte i lliure competència i de proposar obrir un nou expedient és adequat atès que el fet de què el certificat QAL1 sigui d'abast públic és una infracció insubstanable de les normes reguladores del procediment d'adjudicació.

III. La jurisprudència argumenta i resol sobre la procedència d'exclusió dels licitadors en el mateix sentit que la Mesa de contractació d'aquesta contractació administrativa i posteriorment de l'òrgan de contractació competent per aquesta resolució. A títol d'exemples citem la següent jurisprudència:

TSJ Madrid (Contenciós) de 14 de març de 2018 (EDJ 2018/83030)

"... ha resumido los criterios que ha venido aplicando: "Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011) la inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato..."

STSJ Castella i Lleó (Vall) (Contenciós) de 27 de febrer de 2017 (EDJ 2017/44573)

"... En el que allí se resolvió el dato indebidamente revelado era ya conocido y por eso, en dicha Sentencia a propósito de la cuestión que ahora nos ocupa, se razona del siguiente modo: Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento o destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores..."

STSJ (Contenciós) de 14 de març de 2018

"Procede por tanto determinar si la inclusión de documentación de los criterios objetivos incluida en el sobre correspondiente a la documentación administrativa determina necesariamente la exclusión del proceso licitador como afirma el recurrente o si se trata de una irregularidad formal como sostiene el órgano de contratación. Los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato de los

candidatos consagrados en el artículo 1 del TRLCSP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que esta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De conformidad con lo cual los artículos 145.1, 145.2, 150.2 y 160.1 del TRLCSP establecen que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública debiendo respetarse el orden para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 145.2 del TRLCSP "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo, estableciendo a su vez el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto el examen de las proposiciones que: "El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, ...". En el mismo sentido, la separación de sobres se desarrolla por el artículo 80 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Es criterio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que los pliegos tienen el carácter de lex contractus y vinculan tanto a los licitadores como al órgano de su contratación, estableciendo el PCAP que rige en esta licitación, en su cláusula 12, que se incluirá en el sobre 2 "la documentación referida los criterios que servirán de base para la adjudicación del expediente en los apartados 2 a 11 del Anexo", si bien todos ellos son relativos a criterios de valoración objetiva que hacen referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Lo sucedido y no discutido por las partes es que la recurrente incluyó en el sobre correspondiente a documentación administrativa información relativa a 9 de los 11 criterios de adjudicación valorables mediante fórmula distintos al precio exteriorizándolos antes del momento procedimental oportuno, hasta el que se debía mantener secretos. Es cierto que la cláusula 12 del PCAP debería separar la fase de selección de licitadores de la valoración de las ofertas y que la inclusión de una memoria técnica de la oferta presentada se corresponde con otra fase del procedimiento. Sin embargo, el pliego no fue impugnado y es claro en cuanto al contenido de cada sobre. Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. A modo de resumen cabe citar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que en su Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando: "Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011 referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011). La inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte

de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión. La separación de las fases de procedimiento a que se refieren los artículos 145 y 160 antes mencionados pretende garantizar la objetividad e imparcialidad de la Mesa además de la necesaria transparencia y publicidad que el TRLCSP requiere para la apertura de las proposiciones de los licitadores en cuanto a los criterios valorables en cifras o porcentajes. Mientras al acto de apertura de la documentación prevista en el artículo 146 del TRLCSP carece de especiales formalismos, el acto de apertura de la proposición debe hacerse con sujeción a las disposiciones legales relativas no solo a la necesidad de hacerlo en acto público sino además observando un especial orden en el conocimiento y valoración de los diferentes elementos que la componen. Es decir, no se trata solo de establecer un procedimiento ordenado de apertura en cuyo caso podría admitirse que la falta de cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión de las empresas incumplidoras, si no que el verdadero propósito de dicho formalismo es garantista de un trato no discriminatorio e igualitario, de la transparencia y publicidad del procedimiento, de manera que cuando la apertura del sobre que contiene los requisitos previos para contratar implique el conocimiento total o parcial de la oferta por incluir datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse la exclusión de dicho licitador. La regla del secreto de las proposiciones tiene por base dos principios básicos: el primero, evitar manipulaciones de los licitadores y garantizar la fiabilidad del sistema con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del mismo favoreciendo la presentación de ofertas competitivas al desconocer las de las demás empresas. Cabe recordar que la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa se hace en sesión no pública de la Mesa de contratación mientras que las proposiciones deben ser abiertas en sesión pública. En segundo lugar, se pretende garantizar que las ofertas económicas no sean conocidas cuando sean objeto de valoración proposiciones técnicas susceptibles de juicio de valor, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula o porcentaje. Por otra parte, el secreto de las proposiciones no alcanza solo a los demás licitadores sino también a los gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de la Mesa de contratación. Ello supone que la presentación de la documentación ha de hacerse con observancia de los requisitos formales exigible y cumplimiento de todas y cada uno de los trámites procedimentales previstos. Aunque en el supuesto que nos ocupa, tal como alega la recurrente únicamente se valoran criterios sujetos a fórmula sin que hayan de intervenir otros criterios en el resultado y sin que conocer o no previamente algunos de los elementos de la oferta puedan influir en la puntuación, lo cierto es que se ha alterado la igualdad de los licitadores al quebrar el secreto de una de las ofertas. Cabe preguntarse qué sentido tiene tanta formalidad respecto a la apertura de las ofertas en acto público en que tanto la Administración como el resto de competidores conocerán las ofertas, si se admitiera como defecto intrascendente que parte de las proposiciones se hayan abierto y conocido días antes. En definitiva, el error en la introducción en un sobre o en otro de documentación valorable mediante fórmula, no tendría trascendencia si no fuera porque dichos formalismos pretendan garantizar un principio esencial de la contratación, cual es el secreto de las ofertas hasta la apertura conjunta y en acto público único de todas las ofertas. En el mismo sentido se pronuncian el informe 43/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado en relación con la inclusión de documentación técnica en el sobre de administrativa, criterio reiterado en el informe 20/07, de 26 de marzo; los Informes 62/08, de 2 de diciembre y 30/11, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado; asimismo los Informes 20/2008, de 27 de noviembre, de la JCCA de Andalucía y 9/2012, de la misma Junta Consultiva y el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva v de Aragón. Por todo lo anterior, se estima que habiéndose incluido en el sobre de documentación administrativa

información concreta que permite conocer algunos aspectos de la oferta económica no se ha respetado el secreto de las ofertas y procede la exclusión de Vodafone".

STSJ Castella i Lleó (Valladolid) Contenciós de 27 febrer de 2017.

"Además, debe tenerse presente el artículo 150.2 de la misma norma que dice: "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. 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. La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada". Y en desarrollo de tales previsiones normativas el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público dice: "La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos". El régimen que resulta de los preceptos transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores (art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011) y lo relevante no es tanto la influencia en concreto que la infracción procedimental pueda tener desde el punto de vista del resultado final, como su potencialidad, ya que en definitiva lo que se trata de evitar es que la valoración de aquellos aspectos no sujetos a fórmulas matemáticas se va influenciada por el resultado de la valoración de aquellos otros aspectos para los que se emplean esas fórmulas. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 2014 (recurso 3111/2013) que dice: Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando. Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un prejuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea. Nos parece oportuno precisar que los artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 citados por la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos recogido se corresponden con los artículos 145 y 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Efectivamente, el principio de igualdad

de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora. Este principio es especialmente destacado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como pone de manifiesto la Resolución recurrida, indicando que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión de Bélgica). Este principio, destaca dicho Tribunal, es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT). Obviamente el principio de igualdad de trato quiebra cuando a la hora de valorar la oferta de la actora se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas formulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorare conforme a tales formulas, lo que nos lleva a la desestimación de la demanda. Podemos añadir finalmente, a fin de dar respuesta a todas las cuestiones que plantea la demanda, que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 (recurso 92/2012), que invoca la parte recurrente, se refiere a un supuesto distinto. En el que allí se resolvió el dato indebidamente revelado era ya conocido y por eso, en dicha Sentencia a propósito de la cuestión que ahora nos ocupa, se razona del siguiente modo: Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores".

IV. Per una altra banda, no consta en l'informe tècnic preliminar ni en l'informe tècnic de l'òrgan de contractació que una empresa licitadora no havia aportat la declaració responsable que consta en el plec de condicions particulars, encara que no sigui valorable sí que s'ha d'incloure i és una causa de possible exclusió de l'empresa. En relació a què aquesta declaració no és valorable si es pot subsanar aquesta falta d'aportació. Des del punt de vista tècnic, el contingut de la declaració responsable té un abast d'un nivell de compromís de responsabilitat molt elevat, sense que sigui possible entrar a fer una anàlisi d'aquest punt al no ser objecte de la competència de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica.

Des del vessant jurídic, considerem que hi ha un incompliment de les obligacions establertes en les clàusules administratives, per la qual cosa s'hauria d'haver exclòs aquesta proposta de l'empresa licitadora per aquest motiu (en aquest sentit la Resolució número 205/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 2 de marzo de 2018 CA Castilla-La Mancha).

Resolució número 205/2018 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals de 2 de març de 2018 CA Castella-La Manxa.

"La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador. Decíamos en la 802/2017 que "No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de

los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo --pacta sunt servanda-- con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna."

"Recordemos que ya desde nuestra Resolución 49/2017, hemos señalado que el carácter vinculante de los pliegos sólo puede cuestionarse si se alega una causa de nulidad de pleno Derecho (que no es el caso) y además se diera el supuesto de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber valuado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"; de lo cual tampoco aparecen indicios en nuestro caso.

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que "Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera que sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado: "En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que "En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación

de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación."

Añadimos que "Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, (...)

Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual "una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados.

Resulta por tanto, a juicio de este Tribunal, que no sería procedente la subsanación de la falta de presentación de muestras dado que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones. Nos encontraríamos por tanto ante un defecto insubsanable".

Añadamos que no es óbice que, respecto de otro licitador, se haya permitido una mera aclaración puntual que no supuso la necesidad de presentar nuevas muestras o alterarlas en ningún caso, por lo que no apreciamos quiebra del principio de igualdad.

Al ser necesario presentar las muestras en las condiciones y requisitos que determina el pliego, resulta inane que se trate de demostrar mediante informes técnicos que las muestras eran identificables, pues ello no oculta que se presentaron sin cumplir las especificaciones que regían para todos los licitadores, por lo que interpretarlo del modo "flexible" que se pretende constituiría un privilegio en beneficio del recurrente. Por ello, no procede dirigir pregunta alguna al Comité técnico en tal sentido, como se pide por el recurrente.

Tampoco puede prosperar el pretendido error consistente en aseverar que lo borrado era el número de serie, que no sería identificativo, pues - además de que subsistiría el incumplimiento causante de exclusión consistente en no haberse presentado muestras para todos estos lotes, identificando para qué lote era cada una- la realidad, como hemos transcrito, es que el pliego exigía una identificación que permitiera la trazabilidad del producto, y el recurrente no ha podido justificar que sus muestras la contuvieran.

- Por lo que, en estos extremos, su impugnación no puede prosperar."

La Mesa de Contractació ha fet esment que l'empresa d'enginyeria que va fer la valoració del sobre número 2 també va col·laborar amb la redacció dels plecs de condicions, entenem que aquesta intervenció ha estat bàsicament en aspectes a desenvolupar en els plecs de condicions de prescripcions tècniques però hagués estat recomanable que se li haguessin consultat els criteris d'adjudicació avaluable en base a judicis de valor al haver-hi referències tècniques que potser haguessin evitat d'instar el desistiment del contracte per les causes adduïdes d'acord amb l'article 155.4 del TRLCSP.

V. L'article 16 de la vigent Llei 39/2010, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, estableix la necessitat de l'existència d'un registre general d'entrades i sortides d'escrius, sol·licituds i comunicacions en els òrgans administratius.

En l'examen efectuat de l'expedient de contractació, objecte d'aquesta anàlisi, no consta cap certificat de registre amb especificacions de la data i l'hora de l'entrada de les pliques i altra documentació per part dels licitadors, això podria comportar una manca de garanties procedimentals de control i verificació.

En aquest sentit, la Resolució número 5/2018 de 31 de gener del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic, en el fonament jurídic vuitè, indica que la disposició addicional setzena de la LCSP, en el seu apartat e), relativa a l'ús dels mitjans electrònics, informàtics i telemàtics estableix que la utilització d'aquests mitjans s'haurà d'ajustar als requisits establerts en l'esmentada norma. 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, el remitent i 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 emisión 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, fa referència explícita a: plecs de contractació, sol·licituds de participació, confirmacions d'interès i ofertes. Al respecte s'exigeix que les comunicacions orals amb els licitadors que puguin incidir substancialment en el contingut l'avaluació de les ofertes estaran documentades de manera suficient 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 adicional 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.

En el cas objecte d'aquest expedient analitzat, el Plec de condicions administratives estableix de forma clara i taxativa les condicions de presentació de les proposicions, no excloent cap forma de presentació explícitament, però si exigint que, en tot cas, la recepció efectiva de les proposicions a les dependències de l'òrgan de contractació, es produeixi dins del termini acotat per la data i hora indicada. Davant la falta d'un registre que deixi constància de les dates d'entrada de les proposicions de les empreses és impossible controlar les exigències pel seu compliment. Aquesta asseveració es realitza en el context temporal del moment en què es va analitzar aquest procediment de contractació pública es desconeix en el moment actual si aquesta disposa o no d'algun instrument o interfície que faci control d'aquesta documentació.

RECOMANACIÓ

A fi de garantir una gestió pública d'acord amb els principis i regles ètiques i de bon govern i amb el predomini dels interessos generals i la bona administració dels recursos públics s'efectuen els següents suggeriments als efectes preventius, i sense perjudici de les mesures que es puguin adoptar a la vista del contingut d'aquestes actuacions per l'òrgan de contractació:

- Que es vetlli per adoptar els mecanismes necessaris en la fase de preparació dels contractes per adequar al màxim l'ajust dels processos d'adjudicació previstos en cadascun dels expedients de contractació pública a fi de garantir la pública concurrència i la lliure competència.

- La necessitat d'incorporar, en el cas que no s'hagi implantat durant aquest temps transcorregut, un instrument fefaent que controli la recepció efectiva de les proposicions formulades per les empreses en les corresponents contractacions públiques a fi de vetllar pel compliment de les exigències previstes en els Plecs de Condicions Administratives que estableixen de forma clara i taxativa les condicions de presentació de les proposicions.

VI. INCOMPLIMENTS DE CONTRACTE DE SERVEIS: MESURES DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA SOSTENIBLE (MILLORA SALARIAL I JORNADA LABORAL). NECESSITAT DE CONTROL DE L'EXECUCIÓ: QUALITAT DEL SERVEI PRESTAT I NORMATIVA DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS.

A la Bústia Ètica es van rebre diverses comunicacions relatives a presumptes incompliments en l'execució d'un contracte de serveis, concretament en relació a les següents qüestions: millora salarial, jornada laboral, qualitat del servei i normativa de prevenció de riscos laborals.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

A. MESURES DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA SOSTENIBLES: VALORACIÓ DE LA MILLORA EN ELS SALARIS EN RELACIÓ AL CONVENI LABORAL DE REFERÈNCIA, I MANTENIMENT DE LES CONDICIONS LABORALS DE LES PERSONES QUE EXECUTEN EL CONTRACTE DURANT TOT EL PERÍODE CONTRACTUAL.

L'Ajuntament de Barcelona impulsa la contractació pública socialment responsable incorporant en la compra pública municipal objectius de justícia social, sostenibilitat ambiental i codi ètic contemplada en el Decret d'Alcaldia S1/D/2017-1271, de 24 d'abril, de contractació pública sostenible, en què s'aproven les mesures i guies per aplicar la sostenibilitat en els contractes que fa l'Ajuntament.

En aquesta línia les mesures de contractació pública social que impulsa l'Ajuntament de Barcelona promouen l'empresa barcelonina eco-social, amb un model de negoci amb responsabilitat social, que s'han d'integrar en tot el cicle contractual i han d'estar presents en el procés de selecció de les empreses contractistes que ofereixin obres, serveis o subministraments amb l'objectiu de trobar una relació equilibrada entre la qualitat i el preu, però al mateix temps potenciant els valors i les pràctiques d'un model d'empresa amb responsabilitat social, que ha de redundar en l'eficiència i la qualitat de la prestació aportant una eficiència social en el contracte.

Les mesures concretes de contractació pública social es poden incloure en diferents moments del cicle contractual i mitjançant condicions o criteris d'actuació de significació jurídica diversa:

- Mesures que es poden articular com criteris d'adjudicació: són considerades com una invitació a les empreses licitadores perquè les adoptin en l'execució del contracte però sense

que tinguin obligatorietat, de manera que s'afavoreixi que l'empresa licitadora les incorpori en la seva oferta.

És a dir, són aquelles que han de provocar tendencialment un canvi cultural en els sectors empresarials i professionals i que identificaran una marca d'identitat de l'Ajuntament de Barcelona: contractistes amb responsabilitat social, amb un model de negoci social i participatiu, amb preocupació pel territori i les persones que hi viuen. No es tracta de valorar la responsabilitat social general de l'empresa, **sinó les seves aplicacions concretes que puguin formar part de l'oferta i representar un valor afegit per a l'execució del contracte.**

En l'expedient de contractació, objecte de la recomanació, es va establir com a mesura social el salari de les persones treballadores ocupades en l'execució del contracte per increment del salari base, amb una puntuació màxima de 15 punts, prenent com a referència les retribucions salarials establertes en el conveni col·lectiu de referència.

- Mesures que es poden articular com a condicions especials d'execució: obligacions contractuals que l'òrgan de contractació ja predetermina, abans que es presentin les ofertes, en el plec de clàusules administratives o en el plec de condicions i que el contractista ha de complir. Han de ser mesures proporcionades a les característiques del contracte i tenint en compte el parer i les observacions dels sectors empresarials implicats atès el seu caràcter imperatiu.

En l'expedient de contractació, objecte d'aquesta recomanació, es van establir les següents condicions d'execució (Clàusula 19 PCAP):

- De caràcter social: la subrogació de la plantilla laboral, manteniment de les condicions laborals de les persones que executen el contracte durant tota el període contractual, el pagament del preu a les empreses subcontractades, i l'acreditació de pagament en termini a les empreses subcontractades.
- De caràcter ambiental (que consten en la clàusula 19.1.2)

Respecte el concepte de subrogació en les condicions de treball es regula a l'art. 44 del RDL 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut de Treballadors (TRET) i és configurat com un dret dels treballadors. Concretament la subrogació és la situació en la qual els treballadors tenien subscrit un contracte laboral i desenvolupaven una concreta activitat o servei per una empresa, però aquesta activitat o servei passa a ser exercida per una altra empresa, a causa, en aquest cas concret, de l'adjudicació del contracte de servei o activitat, i que a més comporta un trasllat dels/de les treballadors/res i un manteniment dels seus drets econòmics i laborals per part de l'empresa adjudicatària.

És a dir, i d'acord amb la literalitat de l'art. 44.1 del TRET *"quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente"*.

D'acord amb la clàusula 19 del PCAP en el contracte especificat es va establir la següent condició d'execució: La subrogació de la plantilla laboral.

Concretament en ella s'especificava que en cas que procedeixi la subrogació legal o convencional del personal, s'aplicarà el que s'estableixi en el conveni d'aplicació de l'anterior adjudicatari, i en cas que no procedeixi s'estableix com a condició especial d'execució d'aquest contracte la subrogació pel contractista de la plantilla dels treballadors empleats en l'execució del contracte per l'empresa que actualment presta el servei:

- a) En cas que procedeixi la subrogació legal o convencional del personal, s'aplicarà el que s'estableixi en el conveni d'aplicació de l'anterior adjudicatari.
- b) En cas que no procedeixi la subrogació legal o convencional del personal, s'estableix com a condició especial d'execució d'aquest contracte la subrogació del contractista de la plantilla dels treballadors empleada en l'execució del contracte per l'empresa que actualment presta el servei, tot d'acord amb la previsió de l'article 118 TRLCSP.

La subrogació ex plecs, especificada en el PCAP, implica que *"l'empresa adjudicatària mantindrà les condicions econòmiques, laborals i socials que gaudeixin en el moment de la finalització el contracte i de les millores que hagi proposat l'adjudicatari en la seva oferta"*.

Amb aquesta clàusula l'òrgan municipal *"expressa la seva voluntat d'afavorir l'estabilitat en el treball de les persones treballadores que executen el contracte, potenciar la contractació pública amb eficiència social i la pròpia eficiència tècnica en la qualitat de la prestació"*.

En aquest cas, procedeix la subrogació convencional del personal, subrogació ex conveni col·lectiu, atès que en el Conveni col·lectiu del sector de centres especials de de treballadors disminuïts físics i/o sensorials de Catalunya, publicat en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de 22 de febrer de 2006, recull en el seu articulat 20è relatiu la successió d'empreses, com una mesura d'estabilitat en l'ocupació, especifica que: *"la successió d'empreses és un mecanisme d'integració del personal discapacitat a l'empresa ordinària, atès que l'objectiu del centre especial de treball és l'adaptació del lloc de treball al discapacitat/da i la integració d'aquest/a al mercat ordinari. La clàusula d'estabilitat en l'ocupació actua com a mitjà d'integració"*.

Concretament, en l'apartat segon de l'article 20 especifica que en la successió d'empreses s'ha de respectar entre d'altres extrems **l'import total del salari:**

2. A la finalització d'una contracta, tots els treballadors/es que, dependents del concessionari sortint, duguin prestant serveis a les dependències de l'empresa o la institució principal que contracta, un mínim de quatre mesos abans de la data de l'acabament, han de passar a dependre del nou adjudicatari del servei, sigui quina sigui la modalitat del contracte dels treballadors (contractes a termini o per a servei determinat, fixos de plantilla, temporals, eventuais, interins, etc.), tot respectant-los la modalitat del contracte, la categoria professional, la jornada, l'horari, l'antiguitat i l'import total del salari, tant d'aquest Conveni com extraconveni, que cadascun tingui reconegut en el moment de liquidar la relació laboral amb el concessionari sortint.

També els han de ser respectades altres condicions addicionals pactades que tinguin formalment reconegudes els treballadors a l'acabament de la contracta, per bé que reconeixent aquests darrers que l'organització del treball correspon a la nova empresa adjudicatària.

A la pràctica, ateses les nòmines exposades, és a dir, que la nòmina de l'empresa XXX implica una minora de 30,33 euros respecte de la nòmina de l'empresa anterior adjudicatària, i atès l'informe de data XXX evacuat per l'òrgan de contractació "... Comitè XXX contesta, a requeriment de (l'òrgan municipal), que s'han reunit amb els representants de l'empresa XXX i que no han arribat a cap acord. El motiu és que l'empresa XXX no vol respectar el plus d'activitat ni els noms dels plusos", s'evidencia indicis d'incompliment de les condicions de subrogació de les persones treballadores atès que l'empresa adjudicatària no ha mantingut les condicions econòmiques dels/de les treballadors/res que gaudien amb l'anterior empresa adjudicatària.

Atès aquest possible incompliment de la normativa relativa a la relació laboral derivada de la subrogació laboral, procedeix formular les següents consideracions:

a) l'Ajuntament de Barcelona no és competent per resoldre qüestions litigioses entre una empresa subcontractada i el seu treballador, sinó l'ordre jurisdiccional social (art. 2 de la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social). En aquesta línia citem la Resolució nº 384/2016 d'1 de juliol del Tribunal administratiu Central de Recursos Contractuals: "La subrogación empresarial, sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social".

b) però sí que en l'exercici de les seves funcions l'Ajuntament de Barcelona té el deure de vigilar que les condicions especials d'execució i les obligacions del contractista són realitzades d'acord amb els plecs de contractació.

Per tant, si bé respecte el sou base s'evidencia un increment econòmic, respecte a l'import total del salari hi ha una disminució d'aquest atesa la modificació de la quantitat del plus d'activitat i de la resta de plusos realitzada per l'empresa adjudicatària. Cal observar també que en el contracte de subrogació, (al menys en aquell al que va tenir accés l'òrgan gestor de la Bústia ètica) l'empresa adjudicatària no ha incorporat aquest increment en l'apartat de SALARIO, en el qual consta "*El/la trabajador/a percibirá por la prestación de sus Servicios una retribución, por todos los conceptos de SEGUN CONVENIO euros brutos mensuales que se distribuyen en los siguientes conceptos salariales SEGUN CONVENIO. Asimismo tendrá derecho a percibir SEGUN CONVENIO gratificaciones extraordinarias al año en cuantía de SEGUN CONVENIO*".

En el sector d'activitat econòmica corresponent a l'objecte del contracte que es licita, atès que les retribucions de les persones treballadores són baixes en termes referencials respecte d'altres sectors d'activitat, l'òrgan municipal havia incorporat en els plecs contractuals la mesura social per valorar que l'empresa adjudicatària retribueixi millor el personal que ha d'executar el contracte que es licita, el que redunda necessàriament en la seva millor execució. Tanmateix, a la pràctica, i amb nomines a la mà, s'evidencia que l'actuació de l'empresa adjudicatària ha desvirtuat la consideració social establerta, deixant-la buida de significat, i minvant la capacitat econòmica dels/de les treballadors/res.

Adicionalment cal recordar que d'acord amb la Guia de Contractació Pública Social de l'Ajuntament de Barcelona l'oferta salarial de l'empresa licitadora guanyadora té caràcter de condició d'execució contractual i l'incompliment pot ser objecte de penalització com a falta molt greu o d'extinció del contracte; i respecte la subrogació, que aquesta condició es configura com una obligació essencial, de manera que el seu incompliment suposarà l'extinció del mateix contracte, tot d'acord amb la previsió de l'article 223.f) TRLCSP.

B. CONSIDERACIONS SOBRE LA JORNADA LABORAL

En el cas concret, el Plec tècnic estableix en la seva clàusula 2.3 que "*l'horari de treball del personal contractat serà el mateix que s'estableix per la xxx (de 8 a 15h). Qualsevol canvi en l'horari caldrà informar-lo a la xxx i requerirà la seva autorització*", i per tant, 7 hores d'horari de treball. En canvi l'òrgan de contractació en data xxx va informar que el personal de grup xxx realitza l'horari de 6:30 a 14:30 h, i per tant, 8 hores. Així mateix informa que "*l'horari de 8 a 15 h que s'informa al plec tècnic és orientatiu*".

Analitzat el plec tècnic particulars, en primer lloc en atenció a la seva redacció que especifica entre parèntesis (de 8 a 15h), concretant aquest horari, no hi cap la consideració de ser un "horari orientatiu" com informa l'òrgan de contractació. Per una altra banda, malgrat el requeriment de l'òrgan gestor de la Bústia ètica, l'òrgan de contractació no ha donat resposta respecte a l'existència en l'expedient de contractació de "l'autorització" contemplada en el plec de clàusules tècniques esmentat.

L'argument de l'òrgan de contractació és la remissió a l'Annex 3 Relació de personal a subrogar que consisteix en un certificat de l'empresa xxx on consta el personal destinat a les tasques objecte de

la contractació, i on consten el número d'hores setmanals: 10 treballadors amb 40 hores setmanals, 1 treballador amb 10 hores setmanals i 1 treballador amb 20 hores setmanals; i que aquests treballadors ja "feien 40 hores setmanals" i que, "tal com marquen les clàusules del plec tècnic s'hauran de mantenir les condicions econòmiques, socials i laborals, aquests treballadors van seguir realitzant 40 hores setmanals al següent contracte".

Front aquesta situació, l'art. 115.3 del RDL 3/2011, de 14 de novembre pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic especifica que "els contractes s'han d'ajustar al contingut dels plecs particulars, les clàusules de les quals se'n consideren part integrant"; respecte als plecs de prescripcions tècniques "L'òrgan de contractació ha d'aprovar ... els plecs i documents que continguin les prescripcions tècniques particulars que han de regir la realització de la prestació".

En aquesta línia, en contractació pública, els plecs de clàusules administratives i particulars són de màxima transcendència, atès el seu valor jurídic de lex inter partes, que implica la vinculació dels licitadors i l'òrgan de contractació als plecs en els termes de la seva estricta redacció, d'acord amb l'assentada jurisprudència que a forma "ad exemplum" es cita la Sentència del Tribunal Suprem de 19 de març de 2001 (però que també així consta en les Sentències 178/2013, 17/2013 i 45/2013):

"Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus «propios actos», cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía".

Per tant, regeix en contractació pública el principi d'inalterabilitat dels plecs que regeixen la contractació, que amb caràcter general, una vegada aprovats, no poden ser modificats per l'òrgan de contractació, si no és mitjançant un d'aquests canals que l'ordenament jurídic ha articulats amb aquesta finalitat (Resolució nº 245/2016, de 8 d'abril del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals):

"a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 75 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGCAP);

b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho;

c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables.

Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.”

També cal portar a col·lació que, atesos els principis d'igualtat i transparència que requereixen que totes les condicions del procediment de licitació, estiguin formulades de forma clara, precisa i inequívoca en l'anunci de licitació o en el plec de condicions, les modificacions de les quals han de gaudir de la mateixa publicitat, en els mateixos mitjans i en la mateixa forma que la de l'anunci inicial. I així queda garantit en l'article 75 del RD 1098/01, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, *"cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones"*.

Finalment cal considerar el risc reputacional en què podria haver incorregut l'òrgan de contractació, atès que l'art. 42 del TRLCSP habilita per interposar el recurs especial en matèria de contractació a tota persona física o jurídica els drets o interessos legítims de la qual s'hagin vist perjudicats o puguin resultar afectats per les decisions objecte de recurs, i per tant en la línia de la Resolució 524/2016 d'1 de juliol de 2016 del Tribunal Administratiu Central de Recursos contractuals *"Y en efecto, el Sr. XXX, al ser un trabajador en cuya relación laboral, según el Convenio colectivo aplicable, debe subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, es titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación. Por consiguiente, procede afirmar su legitimación para interponer el presente recurso"*; atès que *"su interés el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta no meramente hipotética"* (STS de 19 de novembre de 1993 i 27 de gener de 1998).

En aquest sentit, cal apreciar que l'art. 41.1 del RDL 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut de Treballadors, considera els canvis a la jornada de treball com una modificació substancial de les condicions de treball, sent una causa justa perquè el treballador pugui sol·licitar l'extinció del contracte (art. 50 del citat text legal).

C. CONSIDERACIONS RELATIVES AL COMPLIMENT DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS

A. AVALUACIÓ DE RISCOS LABORALS

Els principis generals de l'acció preventiva són evitar el risc, i en segon lloc avaluar els riscos que no es puguin evitar (article 15.1a) i b) de la Llei 31/1995 de 8 de novembre de prevenció de riscos laborals (LPRL).

L'avaluació dels riscos és definida en l'art. 3.1 del Reglament de Serveis de Prevenció (RSP), RD 39/1997, de 17 de gener (RSP) com *«el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no*

hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse».

De conformitat amb l'art. 16.2 a) de LPRL l'empresari haurà de realitzar l'avaluació inicial dels riscos per a la seguretat i salut dels treballadors, tenint en compte, amb caràcter general:

- La naturalesa de l'activitat
- Les característiques dels llocs de treball existents
- Els treballadors que han desenvolupar-los.

En aquesta línia l'art. 4 del RSP especifica que per a l'avaluació inicial s'ha de tenir en compte:

"a) Las condiciones de trabajo existentes o previstas, tal como quedan definidas en el apartado 7 del artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

b) La posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones."

L'art. 25 de LPRL recull la protecció dels treballadors especialment sensibles a determinats riscos, que seran aquells que *"per les seves pròpies característiques personals o estat biològic conegut, inclosos aquells que tinguin reconeguda la situació de discapacitat física, psíquica o sensorial, siguin especialment sensibles als riscos derivats del treball"*. D'altra banda, l'art. 25 LPRL especifica que *"A tal fin deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias"*.

Respecte a l'actualització de l'avaluació de riscos, l'art.16.2 LPL especifica que: *"La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido"*.

En aquesta línia, l'art. 4.2 RSP indica que: *"A partir de dicha evaluación inicial, deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por:*

a) La elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, la introducción de nuevas tecnologías o la modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.

b) El cambio en las condiciones de trabajo.

c) La incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto."

Atesa l'exposició del marc legal de l'avaluació de riscos laborals, i tenint en compte que els treballadors que executen el contracte de serveis, objecte de recomanació, estan subjectes al Conveni col·lectiu del sector de centres especials de treballadors disminuïts físics i/o sensorials de Catalunya, cal procedir a realitzar les següents consideracions sobre l'avaluació de riscos laborals de l'empresa xxx:

- En l'avaluació de riscos laborals de data xxx, data anterior a l'inici de l'execució del contracte, no consta cap menció en relació a què s'hagi tingut en compte a l'hora d'avaluar els riscos els treballadors especialment sensibles; ni la menció que els treballadors estan subjectes al Conveni col·lectiu del sector de centres especials de treballadors disminuïts físics i/o sensorials de Catalunya, fins i tot l'Annex I referent al llistat de treballadores es troba buit de contingut.
- En l'avaluació de riscos laborals no consta la identificació de les deficiències dels equips de treball utilitzats, quan en la documentació aportada per l'òrgan de contractació s'evidencia l'existència de nombroses irregularitats en els equips de treball.
- En l'avaluació de riscos laborals no identifica els productes químics utilitzats en la contractació. A tal efecte les mesures preventives proposades són genèriques, quan en les fitxes de seguretat dels productes químics consten detalladament quins són els riscos i les mesures preventives a adoptar. Així mateix, cal recordar en primer lloc, que no hi ha una concordança entre els diferents llistats de productes químics que l'òrgan de contractació ha remès a l'òrgan gestor de la Bústia ètica, però amb més incidència és el fet que fins després de 16 mesos de l'inici de l'execució del contracte és quan hi ha constància que les fitxes de dades de seguretat dels productes químics es van lliurar als treballadors.
- Respecte a l'avaluació inicial de riscos xxx s'hauria d'haver actualitzat atenent la incorporació de les persones treballadores subrogades a l'inici de l'execució del contracte; per la presència de nous vehicles durant l'execució del contracte.
- En relació a les irregularitats en el vestuari de les persones treballadores, que l'avaluació de riscos, dins de l'apartat de EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL, sí que contempla que *"Para la realización de los trabajos adscritos a este puesto de Trabajo se deberán utilizar ... ropa de Trabajo adecuada a las condiciones meteorológicas"*.

Respecte l'avaluació de riscos laborals, cal incidir que la seva realització és un obligació legal, i que la configuració d'aquest deure no és merament formal i burocràtic, és a dir, que amb l'existència de disposar d'aquest document no és suficient pel seu compliment, sinó que és necessari la seva revisió i anàlisi de la seva conformitat atenent els treballadors que desenvolupen les tasques, els equips de treball utilitzats i el productes químics emprats.

A. FORMACIÓ I INFORMACIÓ DE RISCOS LABORALS

L'art. 18 LPRL imposa l'obligació de què totes les persones treballadores han de rebre informació en prevenció de riscos laborals respecte a:

- "a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función.*
- b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior.*

c) Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley."

D'acord amb l'exposició de la Nota Tècnica de Prevenció 559 de l'Institut Nacional de Seguretat i Higiene en el Treball *"Para cada puesto de trabajo se dispondrá de una hoja informativa en la que se indique claramente los riesgos del puesto y las medidas y normas de seguridad adoptadas en cada caso. Este documento será actualizado periódicamente o cuando se produzcan cambios en la maquinaria, equipos, métodos de trabajo, o tareas que tenga que llevar a cabo el trabajador siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones de seguridad.*

El mando directo entregará este documento a los trabajadores, haciendo constar los receptores, la fecha y la firma de los mismos, de manera que se pueda llevar un control, debiéndose complementar además esta información escrita con la necesaria información verbal."

L'art. 19 LPRL, referent a la formació de les persones treballadores, recull que *"En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.*

La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario."

De la documentació remesa per l'òrgan de contractació, a requeriment de l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, i relacionada amb la informació i formació de riscos laborals s'han evidenciat diferents irregularitats respecte a la informació dels productes químics, i respecte a la formació inicial de les persones treballadores.

A tal efecte, realitzant una anàlisi més profunda de la formació i informació de riscos laborals dels treballadors en l'execució del contracte cal incidir que en l'avaluació de riscos laborals de l'empresa XXX majoritàriament les mesures preventives consisteixen en instruccions, indicacions o informacions dirigides als treballadors.

Al respecte, cal considerar que atenent que l'avaluació de riscos laborals, instrument essencial de l'acció preventiva, ofereix informació sobre els riscos genèrics i específics del lloc de treball concret, si aquesta no és completa perquè no hi ha avaluació sobre els concrets equips de treball i productes químics empleats i com s'ha indicat en l'apartat anterior, la informació dels riscos laborals generals i específics de cada lloc de treball no serà conforme a normativa quan referencia que s'ha d'informar als treballadors *"Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función"*.

En aquesta línia, en aplicació del RD 1215/1997, de 18 de juliol pel qual s'estableixen les disposicions mínimes de seguretat i salut per a la utilització pels treballadors dels equips de treball, la Guia de Actuación Inspectora de la Evaluación de equipos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, exposa que en l'avaluació de riscos laborals s'ha de tenir en compte les específiques del lloc de treball:

"Esto es, en la evaluación de riesgos del puesto de trabajo ha tenerse en cuenta las condiciones específicas en las que el trabajo se desarrolla y las características y condiciones del lugar en el que se utiliza el equipo de trabajo y, en particular del puesto de trabajo. Se tendrán en cuenta, por tanto, los riesgos derivados de la utilización de un equipo de trabajo en determinados lugares de trabajo o el posible agravamiento de los riesgos debido a la presencia simultánea de varios equipos en un mismo lugar de trabajo."

Respecte a la informació sobre equips de treball, la Guia d'Actuació inspectora mencionada exposa que ha de ser la més completa i clara documentació dels riscos relacionats amb la seva tasca:

"La obligación empresarial en la materia de información sobre equipos de trabajo debe consistir en facilitar al trabajador usuario del mismo la más completa y clara documentación, ya que ha de ser suministrada preferentemente por escrito, de los riesgos relacionados con su tarea y las medidas de protección y prevención aplicables a su puesto de trabajo, teniendo en cuenta las siguientes especificidades del Art. 5 del R.D. 1215/1997".

Respecte a la formació de l'equip de treball deixar constància que ha de ser amb l'equip de treball que utilitza:

"La formación que debe impartir la empresa tiene que estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, en este caso debe ser el equipo de trabajo que utiliza, y tiene por objeto desarrollar las capacidades y aptitudes de los trabajadores para la correcta ejecución de las tareas que les son encomendadas, en ningún caso debe utilizarse para compensar desajustes en otros aspectos del sistema de seguridad"

Efectivament, en línia amb l'art. 19 LPRL, que estipula que la formació ha de ser teòrica i pràctica, així com adequada i suficient a les condicions particulars de les persones treballadores que reben la formació, i ajustar-se a les funcions que desenvolupen.

Finalment cal deixar constància que d'acord amb la informació remesa a requeriment de la Bústia ètica i analitzada no hi ha evidències que el Pla de Formació estigui executant en la seva totalitat, i que la formació en riscos i mesures preventives en l'ús de productes químics i lliurament de les fitxes de dades de seguretat no es va produir fins el 12 de juny de 2019, després de 16 mesos de l'inici de l'execució del contracte.

RECOMANACIÓ

L'art. 1 del RDL 3/2011, de 14 de novembre, Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic vigent en la contractació objecte d'aquesta recomanació (igual que l'art. 1 de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic) recull, entre d'altres, els principis de lliure concurrència i el principi de transparència.

El principi de lliure concurrència en la contractació pública, des d'una perspectiva general, és la resposta a dues exigències: fer efectius els principis d'igualtat de tracte i no discriminació en l'accés dels particulars a la mateixa; i augmentar l'elenc d'ofertes o

licitadores per a què, d'aquesta manera, l'ens públic contractant tingui al seu abast el major nombre de solucions possibles pels interessos públics.

Per una altra banda, cada fase de l'íter 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.

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

- Establiment i precisió en els plecs de 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 a 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 fixats establerts per exigir les responsabilitats necessàries, si s'escau aplicar les sancions que procedeixin per tal d'assegurar el compliment del contracte, atès que malgrat els incompliments detectats no consta que s'hagi incoat cap procediment en tal sentit.

Cal incidir també que la finalitat de la contractació pública és la realització efectiva de les activitats i serveis que es demanden, per aquesta raó és essencial la seva correcta execució i el compliment de les clàusules dels plecs de condicions administratives i tècniques.

En conclusió, des de l'òrgan gestor de la bústia ètica, amb l'objectiu de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, i garantir l'interès general, recomana i 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, també als efectes de prevenir les possibles responsabilitats en què podria incórrer l'Ajuntament per fets causats arran d'infraccions de les normes laborals i de prevenció de riscos laborals. En aquest sentit, es proposa per la vostra consideració:

- En el cas que en la següent contractació s'incorporés la mesura de contractació pública sostenible de "Valoració de millores en els salaris, en relació al conveni laboral de referència", caldria reforçar el redactat del plec de clàusules particulars per garantir la seva efectiva execució, amb un seguiment acurat del manteniment de les condicions laborals durant la vigència del contracte; i aplicar els procediments i accions necessàries per compel·lir el seu compliment en el seu cas.
- Precisar clarament en el redactat del plec de clàusules administratives o plec de clàusules tècniques l'horari de jornada laboral dels treballadors a subrogar, a fi que no doni lloc a dubte o interpretació.
- Respecte a l'estat dels vehicles utilitzats en l'execució del contracte, s'evidencia del seguiment realitzat per l'òrgan de contractació, incompliments a la legislació vigent en matèria preventiva; per tant, caldrà aplicar els mecanismes legalment establerts amb l'objectiu d'assegurar el seu compliment atès els seus efectes directes en la seguretat de les persones treballadores que executen el contracte i de possibles tercers a la relació contractual que puguin resultar afectats (com transeünts o vianants...).
- Exigir que l'avaluació de riscos laborals, la formació i informació preventiva, sigui realitzada conforme a les exigències de la normativa de prevenció de riscos laborals exposada, en aplicació de l'art. 10.2 del Reial Decret 171/2014, de 30 de gener de coordinació d'activitats empresarials.
- Realitzar seguiment acurat respecte el compliment de la mesura social d'impartir formació i sensibilització ambiental a totes les persones treballadores en el contracte.
- Incoar els procediments establerts davant dels incompliments contractuals detectats i en el seu cas imposar les penalitzacions que corresponguin.

VII. INCOMPLIMENT DE LES CLÀUSULES DEL PLEC DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES: NORMATIVA DE PREVENCIÓ DE RISCOS LABORALS

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a les condicions laborals d'extrema calor a l'estiu i fred a l'hivern de les persones treballadores d'una empresa subcontractada per l'Ajuntament de Barcelona, i la prohibició de l'ús de paraigües per tapar-se del sol per impacte visual.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació vigent (TRLCS), es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

- **En relació als fets que consten en la comunicació**, relatius a la prohibició de l'ús de paraigües a les persones treballadores de XXX l'òrgan gestor de la Bústia ètica no ha pogut verificar la realitat dels mateixos degut, sobre tot, a què l'òrgan municipal **no va complimentar en la seva totalitat el requeriment d'informació** que li va sol·licitar l'òrgan gestor de la Bústia Ètica, malgrat l'obligació que a tal efecte estableix l'article 14 de les seves Normes Reguladores i tampoc es van atendre per part de la persona comunicant les sol·licituds d'informació efectuades per l'òrgan gestor de la Bústia Ètica.

- **En relació a les obligacions sobre prevenció de riscos laborals, i concretament sobre l'avaluació de riscos laborals**, recordem que els principis generals de l'acció preventiva són en primer lloc, evitar el risc, i en segon lloc, avaluar els riscos que no es puguin evitar (article 15.1a) i b) de la Llei 31/1995 de 8 de novembre de prevenció de riscos laborals (LPRL).

L'avaluació dels riscos és definida en l'art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de gener, Reglament de Serveis de Prevenció (RSP) com: «*el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse*».

Respecte a l'actualització de l'avaluació de riscos, l'art. 16.2 LPRL especifica que: "*La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido*".

Amb més aprofundiment, l'art. 4 RSP regula que: "*1. La evaluación inicial a que se refiere el artículo 4 deberá revisarse cuando así lo establezca una disposición específica. En todo caso, se deberá revisar la evaluación correspondiente a aquellos puestos de trabajo afectados cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o se haya apreciado a través de los controles periódicos, incluidos los relativos a la*

vigilancia de la salud, que las actividades de prevención pueden ser inadecuadas o insuficientes. Para ello se tendrán en cuenta los resultados de: a) La investigación sobre las causas de los daños para la salud que se hayan producido. b) Las actividades para la reducción de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.a) del artículo 3. c) Las actividades para el control de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.b) del artículo 3. d) El análisis de la situación epidemiológica según los datos aportados por el sistema de información sanitaria u otras fuentes disponibles.

2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, deberá revisarse igualmente la evaluación inicial con la periodicidad que se acuerde entre la empresa y los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta, en particular, el deterioro por el transcurso del tiempo de los elementos que integran el proceso productivo."

Per tant, respecte a l'avaluació de riscos laborals, cal incidir que la seva realització és una obligació legal, i que la configuració d'aquest deure no és merament formal, burocràtic i estàtic, sinó que requereix la seva actualització d'acord amb la normativa especificada.

- Respecte l'avaluació dels riscos per exposició a temperatures extremes de calor, a nivell tècnic ens remetem a la Nota tècnica de Prevenció 922 sobre "*Estrés tèrmico y sobrecarga térmica: evaluación de los riesgos (Y) del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT)*":

"... para evaluar los riesgos del calor debe distinguirse entre lo que constituye la causa y el efecto, entre el estrés térmico y la sobrecarga térmica.

El estrés térmico corresponde a la carga neta de calor a la que los trabajadores están expuestos y que resulta de la contribución combinada de las condiciones ambientales del lugar donde trabajan, la actividad física que realizan y las características de la ropa que llevan.

La sobrecarga térmica es la respuesta fisiológica del cuerpo humano al estrés térmico y corresponde al coste que le supone al cuerpo humano el ajuste necesario para mantener la temperatura interna en el rango adecuado. Entre los factores que se miden y que determinan el estrés térmico potencial se incluyen: la temperatura del aire, la humedad relativa, la velocidad del aire, la radiación, la actividad metabólica y el tipo de ropa (emisividad y radiación de la misma). La medición de estos factores permite determinar las demandas térmicas internas y externas que dan lugar a la termorregulación del cuerpo humano. En definitiva, las mediciones de estrés térmico constituyen la base de la evaluación del ambiente térmico de trabajo, pero no predicen de manera exacta si las condiciones bajo las que está trabajando una persona no suponen un riesgo para su salud.

Un nivel de estrés térmico medio o moderado puede dificultar la realización del trabajo, pero cuando se aproximan a los límites de tolerancia del cuerpo humano, aumenta el riesgo de trastornos derivados de la exposición al calor.

La sobrecarga térmica refleja las consecuencias que sufre un individuo cuando se adapta a condiciones de estrés térmico. No se corresponde con un ajuste fisiológico adecuado del cuerpo humano, sino que supone un coste para el mismo. Los parámetros que permiten controlar y determinar la sobrecarga térmica son: la temperatura corporal, la frecuencia cardiaca y la tasa de sudoración.

Un aspecto a destacar es que la sobrecarga térmica no se puede predecir de manera fiable a partir solamente del estudio del estrés térmico, ya que las mediciones del ambiente térmico no permiten determinar con precisión cual será la respuesta fisiológica que sufrirá el individuo o el grado de peligro al que se enfrenta una persona en cualquier momento. Esto es debido a que la sobrecarga térmica depende de factores propios de cada persona que incluso puede variar en el tiempo, por lo que estos factores o características personales son los que determinan la capacidad fisiológica de respuesta al calor”.

Les conseqüències de l'exposició al calor també venen recollides en el document "Trabajar con calor" de l'INSHT. Ministerio de Empleo y Seguridad Social:

"La exposición al calor puede causar diversos efectos sobre la salud, de diferente gravedad, tales como erupción en la piel, edema en las extremidades, quemaduras, calambres musculares, deshidratación, agotamiento, etc. Pero, sin duda, el efecto más grave de la exposición a situaciones de calor intenso es el golpe de calor. Cuando se produce el llamado golpe de calor, la temperatura corporal supera los 40,6 °C, siendo mortal entre el 15 % y 25 % de los casos."

RECOMANACIÓ

Des d'una perspectiva eminentment preventiva i més enllà del cas concret es recomana l'estricta compliment de la normativa relativa a prevenció de riscos laborals.

VIII. INCOMPLIMENT DE CONTRACTE: PRESUMPTA DISFUNCIÓ EN UNA DE LES PRESTACIONS DEL SERVEI. CONVENIÈNCIA D'ACCIONS FORMATIVES AL PERSONAL DE L'EMPRESA ADJUDICATÀRIA.

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a una presumpte irregularitat en l'execució d'un contracte de serveis de recollida selectiva de residus deguda a una malpraxis executada per un/a determinat/da treballador/a de l'empresa adjudicatària en la prestació del servei.

En atenció al contingut de la comunicació, i la seva possible incidència en la recollida selectiva, l'òrgan gestor de la Bústia ètica va traslladar la denúncia de la persona comunicant al departament municipal competent, que va informar que els fets exposats van ser comunicats a l'empresa externa que realitza el servei. Posteriorment el departament competent va informar, entre d'altres extrems, que es va identificar la persona operària que realitzava el servei aquell dia i torn a la zona, que s'havia obert un procediment que havia conclòs en la no imposició de cap penalitat, tanmateix s'havia realitzat una formació a la persona identificada, i que aquesta també s'havia fet extensiva a la resta del personal, respecte als fets concrets de la comunicació relativa a la recollida selectiva.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents:

CONSIDERACIONS

Recuperar i consolidar la confiança de les persones en les institucions públiques és un eix clau i prioritari de l'Ajuntament de Barcelona, sent un dels pilars bàsics de l'actuació del Govern Municipal la transparència, objectivitat, igualtat i no discriminació, així com l'eficiència en l'assignació dels recursos públics.

Per donar compliment aquests principis, s'exigeix un marc d'integritat institucional que coadjuvi a garantir una gestió pública d'acord amb els principis i les regles ètiques i de bon govern evitant conductes contràries a Dret, a l'ètica i als valors com l'honestedat, el respecte, el predomini dels interessos generals i la bona administració dels recursos públics.

En aquest context, neix la Bústia ètica i de Bon govern amb un posicionament transparent i obert de l'administració que no té res a amagar, que arbitra els mecanismes per revisar aquells eventuais supòsits en què no es respectin les regles de conductes positivades jurídicament o ètiques amb la finalitat última de fer propostes de millora en la gestió pública. Comporta, en definitiva, sensibilitzar en matèria d'ètica en la gestió pública a partir de la col·laboració i la participació ciutadanes.

Respecte al medi ambient, la ciutat de Barcelona té el compromís de gestionar, amb criteris de qualitat i sostenibilitat, la prestació dels serveis urbans i el manteniment de l'entorn, d'acord amb

els compromisos de preservació i millora del medi ambient i de lluita contra el canvi climàtic, per una qualitat de vida activa, saludable i sostenible de les persones, sent un dels objectius proposats per l'AGENDA 2030.

Pel cas concret, d'acord amb la informació del Departament municipal competent, i una vegada comprovada la realitat dels fets objecte de la comunicació, atesa la rellevància que per a la comunitat té l'activitat de recollida de residus i la seva repercussió en la imatge de Barcelona, com una administració compromesa amb el medi ambient i de lluita contra el canvi climàtic, es considera positiva la mesura de millora en la gestió pública adoptada per l'òrgan gestor de la contractació, consistent en una formació a la persona treballadora, i extensiva a la resta de personal sobre els fets concrets de la comunicació relativa a la recollida selectiva.

IX. PRESUMPTA IRREGULARITAT EN UN CONTRACTE DE SERVEIS DE NATURALESIA PRIVADA: COMITÈ D'EXPERTS I RESOLUCIÓ DEL CONTRACTE ANTICIPADAMENT

A la Bústia Ètica es va rebre comunicació relativa a una presumpte "simulació" d'un procediment de contractació de serveis de naturalesa privada instat per una entitat pública empresarial local de l'Ajuntament de Barcelona, per adjudicar el contracte a una mercantil concreta.

Admesa a tràmit la comunicació a la vista dels indicis aportats, es va sol·licitar informació a l'entitat pública contractant, que va remetre els corresponents expedients administratius i va informar que, atesa la polèmica sorgida per l'adjudicació i el descontent de part de la ciutadania i el món empresarial, es va procedir a la seva resolució anticipada, dos mesos més tard a la seva adjudicació.

Efectuades la resta d'actuacions d'investigació, examinada la documentació remesa per l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació facilitada, i analitzada la normativa d'aplicació vigent, es va evidenciar per part de la Bústia Ètica presumptes irregularitats en vers la utilització de la figura del Comitè d'Experts i la resolució anticipada del contracte, i va evacuar les següents consideracions i recomanacions:

A. CONSIDERACIONS CONTRACTES PRIVATS, SENT VIGENT TRLCSP

L'art. 18 del TRLCSP⁸⁷ diferencia els contractes del sector públic entre contractes administratius i contractes privats: "*Els contractes del sector públic poden tenir caràcter administratiu o caràcter privat*".

Concretament, "*tenen la consideració de contractes privats els subscrits pels ens, organismes i entitats del sector públic que no reuneixen les condicions d'administracions públiques*", i "*es regeixen, en quant a la preparació i adjudicació, en defecte de normes específiques, per aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament, i supletòriament s'apliquen les altres normes de dret administratiu o, si s'escau, les normes de dret privat, segons correspongui per raó del subjecte o entitat contractant. Quant als efectes i extinció, aquests contractes es regeixen pel dret privat*" (art. 20 del RDL 3/2011)."

L'art. 189 del TRLCSP especifica que "*els poders adjudicadors que no tinguin el caràcter d'administracions públiques han d'aplicar, per a l'adjudicació dels seus contractes, les normes de la present secció*", diferenciant entre l'adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada (art. 190 TRLCSP), i l'adjudicació dels contractes que no estiguin subjectes a regulació harmonitzada (art. 191 TRLCSP).

⁸⁷ Text legal vigent en el moment i ressenyat a la transcrita clàusula 1 del plec de condicions particulars.

Respecte als contractes no harmonitzats, com el contracte objecte d'aquesta recomanació, s'estableix a l'article 191.b) del TRLCSP que els poders adjudicadors no Administració Pública han d'aprovar unes Instruccions Internes de Contractació (IIC) en les quals s'han de regular uns procediments de contractació de manera que es garanteixi l'efectivitat dels principis de publicitat, concurrència, transparència, confidencialitat, igualtat i no discriminació recollits en l'art. 191.a del RDL 3/2011, de 14 de novembre.

En les IIC de l'entitat pública empresarial local consta que *"Els contractes regulats en les presents ICC són contractes privats, entenent aquests com els contractes formalitzats per entitats del sector públic que no reuneixen la condició d'Administració pública. Els contractes privats no harmonitzats que celebri l'entitat es regiran per les presents IIC en les quals es fa referència a la preparació i adjudicació dels contractes, i pel TRLCSP, aplicant-se supletòriament les altres normes de dret privat. No obstant això, pel que fa referència als efectes i l'extinció dels contractes regulats a les presents IIC, aquests es regiran exclusivament pel dret privat, llevat la qüestió relativa a la modificació dels contractes que es regirà per allò establert al Títol V del Llibre I del TRLCSP, en virtut de l'establert a l'article 20.2 de la referida norma"*.

Respecte a l'ordre jurisdiccional competent, l'art 21 del TRLCSP regula que *"L'ordre jurisdiccional civil és el competent per resoldre les controvèrsies que sorgeixin entre les parts en relació amb els efectes, compliment i extinció dels contractes privats. Aquest ordre jurisdiccional també és competent per conèixer de totes les qüestions litigioses que afectin la preparació i adjudicació dels contractes privats que subscriuguin els ens i les entitats sotmesos a aquesta Llei que no tinguin el caràcter d'Administració Pública, sempre que aquests contractes no estiguin subjectes a una regulació harmonitzada"*.

NORMATIVA D'APLICACIÓ ALS CONTRACTES PRIVATS NO HARMONITZATS DE LA REFERIDA EPE	
PREPARACIÓ i ADJUDICACIÓ DELS CONTRACTES	EFFECTES I EXTINCIÓ DELS CONTRACTES
IIC i TRLCSP Dret privat (supletòriament)	Dret Privat TRCSP respecte la modificació dels contractes

B. CONSIDERACIONS COMITÈ D'EXPERTS EN EL CONTRACTE DE SERVEIS

CONCEPTE

El comitè d'experts és un òrgan que actua en els procediments oberts o restringits en els quals s'hagi atribuït als criteris avaluable de forma automàtica una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació dels quals depen d'un judici d'un valor.

NORMATIVA D'APLICACIÓ

La figura del Comitè d'experts va ser introduïda a l'article 134.2 de la Llei de Contractes del Sector Públic de 2007, i es va regular en el RD 817/2009, de 8 de maig, pel que es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (en endavant RD 817/2009).

La regulació vigent del Comitè d'Experts durant la tramitació de l'expedient de contractació objecte de la present recomanació s'emmarcava en els articles 150.2 i 160.1 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 (TRLCSP), avui derogat i substituït per la Llei 9/2017, de 8 de novembre de Contractes del Sector Públic; així com el Capítol IV del referit Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007 de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, a data d'avui encara vigent, en quan no s'oposi en allò disposat a la normativa vigent.

S'ha de recordar que el TRLCSP estava en vigor en la data del contracte objecte de la present recomanació.

Concretament, l'art. 150.2 del RDL 3/2011, de 14 de novembre estableix que:

"Els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació del contracte els ha de determinar l'òrgan de contractació i s'han de detallar a l'anunci, en els plecs de clàusules administratives particulars o en el document descriptiu.

En la determinació dels criteris d'adjudicació s'ha de donar preponderància a aquells que facin referència a característiques de l'objecte del contracte que es puguin valorar mitjançant xifres o percentatges obtinguts a través de la mera aplicació de les fórmules que estableixen els plecs. Quan en una licitació que se segueixi per un procediment obert o restringit s'atribueixi als criteris avaluable de forma automàtica per aplicació de fórmules una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació dels quals depengui d'un judici de valor, s'ha de constituir un comitè que tingui un mínim de tres membres, format per experts no integrats en l'òrgan proponent del contracte i amb qualificació apropiada, al qual correspon realitzar l'avaluació de les ofertes d'acord amb aquests últims criteris, o encomanar l'avaluació a un organisme tècnic especialitzat, degudament identificat en els plecs.

L'avaluació de les ofertes de conformitat amb els criteris quantificables mitjançant la mera aplicació de fórmules es realitza després d'efectuar prèviament la d'aquells altres criteris en què no concorri aquesta circumstància, i se n'ha de deixar constància documental'.

L'art. 160.1 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, relatiu a l'examen de les proposicions i proposta d'adjudicació, també referenciava al comitè d'experts:

"1. L'òrgan competent per a la valoració de les proposicions ha de qualificar prèviament la documentació a què es refereix l'article 146, que han de presentar els licitadors en un sobre diferent del que contingui la proposició. Posteriorment, ha de procedir a l'obertura i examen de les proposicions, i formular la proposta d'adjudicació corresponent a l'òrgan de contractació, una vegada ponderats els criteris que s'hagin d'aplicar per efectuar la selecció de l'adjudicatari, i sense perjudici de la intervenció del comitè d'experts o de l'organisme tècnic especialitzat als quals fa referència l'article 150.2 en els casos que s'hi preveuen, l'avaluació del qual dels criteris que exigeixen un judici de valor vincula als efectes de formular la proposta..."

Així mateix, cal tenir en consideració els articles 25 al 30 del Capítol IV del Reial Decret 817/2009, de 8 de maig, de desenvolupament parcial de la Llei 30/2007 de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, on es regulen els aspectes organitzatius i procedimentals de la valoració de criteris que depenguin d'un judici de valor, en què aquests tinguin una ponderació superior als criteris avaluables de forma automàtica per aplicació de fórmules.

C. CONSIDERACIONS A LA PRESENTACIÓ DE LA DOCUMENTACIÓ RELATIVA ALS CRITERIS D'ADJUDICACIÓ PONDERABLES EN FUNCIÓ D'UN JUDICI DE VALOR.

L'art. 25 del RD 817/2009 relatiu a l'òrgan competent per a la valoració exposa que:

"En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las administraciones públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, bien a un comité formado por expertos bien a un organismo técnico especializado.

En los restantes supuestos, la valoración se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por el órgano de contratación en el caso contrario."

En aquest article es regulen dos requisits per poder constituir el Comitè d'experts:

- a) procediment obert o restringit per adjudicar el contracte, i
- b) la valoració dels criteris que depenen d'un judici valor tenen atribuïda una ponderació major a la dels criteris avaluables de forma automàtica

Per tant, a sensu contrario, el Comitè d'experts no és l'òrgan competent per a la valoració de la documentació que es realitza mitjançant l'aplicació de fórmules aritmètiques, que d'acord amb l'art. 22 i 25 del RD 817/2009 correspon, en tot cas, a la mesa de contractació.

En el cas concret, en plecs de clàusules particulars del contracte s'especifica que el present contracte s'adjudicava per procediment obert i respecte la superior ponderació de la valoració dels criteris que depenen d'un judici valor respecte als criteris avaluables de forma automàtica, el PCAP especifica que l'oferta econòmica és fins a XXX punts, i la proposició tècnica fins a XXX punts, per tant, és superior al 51%.

D. CONSIDERACIONS RESPECTE A LA PRESENTACIÓ DE LA DOCUMENTACIÓ RELATIVA ALS CRITERIS D'ADJUDICACIÓ PONDERABLES EN FUNCIÓ D'UN JUDICI DE VALOR

L'article 26 del RD 817/2009 relatiu a la "*Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor*" indica que:

"La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos."

El propi article 26 del RD 817/2009 recull la finalitat a la que obeeix que la documentació relativa als criteris que depenen d'un judici de valor s'hagi de presentar en sobre independent: EVITAR el coneixement de la valoració de l'oferta econòmica abans de què s'hagi efectuat la valoració dels criteris que depenguin d'un judici de valor.

A tal efecte, cal avançar que a l'Acta de la Mesa de Contractació d'obertura d'ofertes consta: 1) l'obertura del sobre núm. 3 que conté l'oferta econòmica de les empreses licitadores, prèviament a l'obertura del sobre 2 relatiu a la proposició tècnica la valoració dels criteris de la qual requereixen judici de valor, i que a més es "demana informe al comitè d'experts que avaluarà les ofertes tenint en compte els criteris d'adjudicació establerts dels plecs"; i 2) I que a més, a l'Informe tècnic d'adjudicació emès pel Comitè d'experts consta en primer lloc la valoració dels criteris automàtics referent a l'oferta econòmica i després els criteris de judici de valor de la proposta tècnica.

Per tant, **la mateixa Acta, aixecada per la Secretària de la Mesa de Contractació, dona fe pública de què: el Comitè d'experts tenia coneixement de la valoració de l'oferta econòmica**, no només perquè es va obrir el sobre corresponent prèviament a la valoració del judici de valor, sinó també perquè **va ser el propi Comitè d'Experts qui va valorar les ofertes econòmiques** presentades per les empreses licitadores. **Contravenint palmàriament**, d'aquesta manera, la **previsió legal**.

E. CONSIDERACIONS RESPECTE LA COMPOSICIÓ DEL COMITÈ D'EXPERTS I DESIGNACIÓ DELS ÒRGANS QUE HAN D'EFECTUAR LA VALORACIÓ

L'art. 28 del RD 817/2009 relatiu a la "*Composición del comité de expertos*" regula que:

- "1. Cuando la evaluación deba efectuarse por un comité formado por expertos, éstos deberán ser como mínimo tres.*
- 2. Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.*
- 3. Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración."*

Respecte a la composició del comitè d'experts, l'Informe 34/09, de 25 de setembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, diferencia entre l'òrgan de contractació i l'òrgan que tramita l'expedient: "*Evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción*", i conclou que "*Que por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa*

de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación".

L'art. 29 del RD 817/2009 relatiu a la "*Designación de los órganos que deban efectuar la valoración*" estableix que:

"1. La designación de los miembros del comité de expertos a que se refieren los artículos anteriores podrá hacerse directamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o bien establecer en ellos el procedimiento para efectuarla.

2. En los casos en que la valoración deba hacerse por un organismo técnico especializado, la designación de éste deberá figurar igualmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y publicarse en el perfil de contratante.

3. En ambos casos, la designación deberá hacerse y publicarse en el perfil de contratante con carácter previo a la apertura de la documentación mencionada en el artículo 27."

A l'expedient de contractació, el clausulat del PCAP, publicat en el perfil del contractant, preveu que el Comitè d'experts està format per tres membres.

F. CONSIDERACIONES A L'OBERTURA DELS SOBRES I LA PRÀCTICA DE LA VALORACIÓ

L'article 27 del RD 817/2009 relatiu "Apertura de los sobres" reglamenta que:

"1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.

2. En este acto sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo; asimismo, se dejará constancia documental de todo lo actuado."

L'article 30 del RD 817/2009 relatiu "*Práctica de la valoración*" disposa que:

"1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberá constar la identificación del criterio o los criterios concretos que deban someterse a valoración por el comité de expertos o por el organismo especializado, el plazo en que éstos deberán efectuar la valoración y los límites máximo y mínimo en que ésta deberá ser cuantificada.

2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública."

Si es desglossen els articles 27 i 30 en fases de tramitació administrativa, es podria sintetitzar en:

- 1r: La Mesa de contractació es reuneix en acte públic d'obertura de la documentació administrativa.
- 2n: En un termini no superior a set dies a comptar des de l'obertura de la documentació administrativa, la Mesa de contractació es reuneix en acte públic on NOMÉS s'obrirà el sobre corresponent als criteris no quantificables automàticament (la documentació tècnica), lliurant-se a l'òrgan encarregat de la seva valoració la documentació continguda en el mateix.
- 3r: El Comitè d'experts emetrà el seu judici de valor en funció dels criteris establerts en el plec de clàusules administratives particulars, que serà anterior a l' *"...apertura del resto de la documentación que integre la proposición ..."*, i per tant, a la valoració dels criteris quantificables de manera automàtica.
- 4r: La Mesa de contractació, en acte públic, donarà a conèixer el resultat de la valoració dels criteris sotmesos a judicis de valor efectuada prèviament pel Comitè d'experts, i es procedirà a l'obertura dels sobres que contenen la documentació a valorar mitjançant fórmules aritmètiques (l'oferta econòmica), encara que permet que el plec de clàusules administratives particulars estableixi diferent disposició en quant a l'acte en què hagi de fer-se pública.

Revisat l'expedient de contractació, objecte de la present recomanació, consten les actes que evidencien l'incompliment del procediment establert al citat RD 817/2009 i per tant, de les garanties inherents al mateix.

En conseqüència, atesa la documentació i la normativa exposada, s'evidencien les **següents infraccions respecte a la figura del Comitè d'Experts**:

- El Comitè d'experts **ha tingut accés i ha valorat tots els criteris vinculats a l'objecte del contracte** i que servien de base per a l'adjudicació del contracte, això és, **tant la proposició tècnica** (sobre nº 2, la valoració de la qual depenia de criteris subjectes o judicis de valor, o sigui, no automàtics) **com l'oferta econòmica** (sobre nº 3). **I, a més, va valorar les ofertes econòmiques** de les empreses licitadores **abans que** les proposicions **tècniques**. **Vulnerant**, per tant,:

- o **l'art. 25 del RD 817/2009** que, recordem, regula que el Comitè d'experts és l'òrgan competent de *"la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*.

- o **l'art. 26 del RD 817/2009** que estableix que *"la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos"*.

o **l'art. 30.2 del RD 817/2009** que exposa que *"En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor"*

o **l'art.30.3 del RD 817/2009** que determina que *"La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición..."*.

En tal sentit, l'Informe 21/2009, de 16 de setembre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó va afirmar que:

"El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor. En estos casos debe constituirse obligatoriamente un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas en la parte cuya cuantificación no resulte de la simple aplicación de fórmulas matemáticas, de tal forma que en estos procedimientos, actúan dos órganos en la fase de valoración de ofertas, en primer lugar al comité de expertos valorando la parte sujeta a criterios de valor y posteriormente la mesa de contratación valorando los criterios automáticos".

En la mateixa línia es pronuncia l'Informe 12/2009 de 7 de maig de 2009 de la Junta Superior de Contractació Administrativa de València: *"El único órgano competente para la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de juicio valor, al superar estos en ponderación a los evaluables mediante fórmulas automáticas es el comité de expertos ... Los criterios de adjudicación que en la presente contratación son evaluables mediante fórmulas automáticas corresponde a la Mesa de contratación"*.

Així mateix, la Resolució nº 207/2013 de 5 de juny de 2013 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals sentència que:

"En la licitación impugnada, aunque la documentación relativa a los criterios no valorables mediante fórmula se presentó en sobre independiente (sobre 3), en el procedimiento de valoración de las ofertas se han incumplido palmariamente las disposiciones legales transcritas:

- *No consta que la apertura del sobre 3 se hiciera antes de abrir las ofertas económicas.*

- ...

- *La valoración de esos criterios se hizo después de abrir las ofertas económicas."*

G. CONSIDERACIONS A LA LESIÓ A LA GARANTIA D'OBJECTIVITAT I IMPARCIALITAT EN EL PROCÉS DE VALORACIÓ DE LES OFERTES.

És unànime la Doctrina i la Jurisprudència quant a que la finalitat de la figura del Comitè d'experts és reforçar l'objectivitat en la valoració de les ofertes, minimitzant la possible discrecionalitat i subjectivitat del judici de valor, mitjançant la designació de tres membres amb qualificació

apropiada en la seva composició, independents de la mesa de contractació i de l'òrgan proponent del contracte.

En aquest sentit es pronuncia, per exemple, la Resolució nº 655/2018, de 6 de juliol de 2018 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals exposa que: *"la figura del comité de expertos se alza como una garantía para una correcta e imparcial valoración de aquellas ofertas donde los juicios de valor tienen un determinado peso en el total de la puntuación a otorgar por el órgano de contratación. Es decir, en definitiva, el comité de expertos no se constituye como un determinado requisito ante de un determinado escenario, y si no estamos en él no puede acudir al mismo, sino que, y como afirmamos, es un instrumento al que los órganos de contratación pueden acudir para asegurar la correcta e imparcial valoración de las ofertas que se incluyan en una licitación."*

En la mateixa línia l'Informe 21/2009, de 16 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó afirma que:

"La finalidad de esta nueva figura ... no es otra que la de reforzar la objetividad en la valoración de ofertas, de manera que en los casos en que esta dependa mayoritariamente de juicios de valor y no de la mera aplicación de fórmulas matemáticas, la valoración de los mismos recaerá no en la mesa de contratación si no en un grupo de personas expertas. Esta es la diferencia fundamental respecto de los miembros de la mesa de contratación que no tiene porqué ser expertos en la materia sobre la que versa la valoración."

"Para extremar más la objetividad, los expertos en ningún caso podrán estar integrados en el órgano proponente del contrato".

Cal destacar l'Informe de 34/2009, de 25 de setembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en la qual va destacar la independència del comitè d'experts que:

"Debe apreciarse que cuando el artículo 134.2 de la Ley indica que el mencionado comité ha de estar formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, está explícitamente requiriendo la independencia entre ambos órganos y su especial preparación técnica, de manera que la valoración de tales criterios no esté influida por quien propone la adjudicación del contrato. Si no se hubiera deseado precisar tal independencia y preparación el legislador no habría introducido en la Ley este nuevo sistema habida cuenta de que la valoración de tales criterios dependientes de un juicio de valor ya se efectuaba por la Mesa de contratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."

"De ahí que cuando la Ley se expresa en tales términos debe afirmarse como consecuencia que los miembros del comité de expertos han de ser independientes del órgano que propone el contrato y de los que integran la Mesa de contratación, no pueden formar parte del mismo en aras de tal independencia no ya de quien propone el contrato, sino de quienes tienen por misión efectuar la valoración de tales criterios..."

"... precisamente por su naturaleza tiene por función asesorar ad hoc al órgano de contratación en cuestiones técnicas que requieren de una especial caracterización, pues precisamente, esa es su razón de ser."

En aquest sentit, cal **recordar** així mateix que, de manera reiterada, els articles 26, 27 i 30 del RD 817/2009 regulen la **independència i separació de la valoració dels criteris sotmesos a judicis de valor de la ponderació dels criteris avaluable de forma automàtica**

mitjançant la presentació de la documentació en sobre independent i la ponderació prèvia dels criteris sotmesos a judicis de valor respecte els avaluable de forma automàtica; per tal d'evitar que el Comitè d'experts tingui coneixement d'aquests últims en el moment de procedir a evacuar el seu informe, i per tant, d'eliminar qualsevol possible influència de la puntuació dels criteris avaluable de forma automàtica en l'emissió del seu judici de valor. **Prevenió legal que no va ser observada en el cas que ens ocupa** tal com s'ha posat de manifest en els apartats precedents, incorrent per tant en una **infracció** dels preceptes ressenyats.

H. CONSIDERACIONS A LA MOTIVACIÓ EN L'EMISSIÓ DE LA VALORACIÓ DELS CRITERIS SOTMESOS A JUDICI DE VALOR.

Els Comitès d'Experts gaudeixen del criteri de **discrecionalitat tècnica**. Així es pronuncia el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, per exemple, en:

- Resolució nº 209/2011:

Los argumentos de la UTE recurrente, aunque desde luego respetables, no son suficientes a efectos de desvirtuar los utilizados por la comisión que efectuó la valoración técnica. Interesa señalar en este punto que la Administración dispone de un cierto nivel de discrecionalidad en la apreciación de las cuestiones de carácter técnico que no son controlables desde el punto de vista jurídico. Ello no significa que la Administración pueda apreciar libremente los temas de carácter técnico, pero sí que el control de legalidad no puede ir más allá de determinar si en la apreciación y valoración de tales extremos, se ha actuado sin discriminación entre los licitadores, de tal forma que los criterios de valoración aplicados a unos hayan sido diferentes a los aplicados a otros, que no se haya incurrido en error patente en la apreciación de las características técnicas valoradas, y que no se haya producido ninguna infracción del procedimiento de valoración. Este criterio responde con lo previsto en los artículos 134 a 139 de la Ley 30/2007, de

Expte. TACRC 163/2011

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

- I en Resolució nº 210/2013:

Quinto. Las consideraciones de la recurrente sobre la indebida valoración de su oferta en los lotes donde no alcanzó la puntuación mínima exigida, cuestionan los criterios aplicados por el comité de expertos.

La valoración de los criterios, como es el caso, no valorables mediante fórmula, es de apreciación discrecional por el comité de expertos y este Tribunal, como hemos reiterado en múltiples ocasiones (por todas, Resolución 176/2011, de 29 de junio), ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias.

Si bé, tal com recull la Sentència de 24 de setembre de 2014 del Tribunal Suprem **s'exigeix que l'informe tècnic de valoració** compleixi amb les següents **requisits**:

"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;

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

En la mateixa línia es pronuncia el Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó en el seu Acord 98/2015 *“Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. 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 informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue”*

En el cas concret, s'evidencia una exigua motivació en l'emissió de l'informe tècnic de valoració del Comitè d'experts, atès en primer lloc, que no ha motivat cada puntuació donada pels diferents conceptes que consten en els plecs de clàusules particulars, i en segon lloc, perquè no hi ha evidències del compliment dels requisits exigits en la Sentència de 24 de setembre de 2014 del Tribunal Suprem en l'emissió del seu judici.

I. CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATE PER MUTU ACORD I LIQUIDACIÓ

NORMATIVA D'APLICACIÓ A LA RESOLUCIÓ DEL CONTRATE

D'acord amb l'art. 20 del TRLCSP (legislació vigent en el cas concret) els contractes privats: *“Quant als efectes i extinció, aquests contractes es regeixen pel dret privat”*.

No obstant, tal com ja es va avançar a l'informe jurídic de resolució del contracte de l'entitat pública empresarial **no es feia cap referència al dret privat sinó que es remetia a l'article 223 c) del TRLCSP quant a la causa de resolució del contracte i als articles 224.4 del TRLCSP i 109 del RCAP quant a la tramitació del procediment.**

A tal efecte, procedeix reproduir la Resolució nº 214/2015 de 6 de març de 2015 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la qual es considera ajustada a normativa la remissió a dret administratiu en quant als efectes i extinció dels contractes privats atenent el principi de llibertat de pactes: *“En relación con este precepto cabe, de manera sintética hacer una reflexión general que determine la desestimación global de la alegación realizada por el recurrente en su escrito de recurso. Ello sería que, sin perjuicio de la aplicabilidad a esta materia, efectos y extinción en los contratos privados de referencia, debe considerarse que tal normativa privada no tiene carácter imperativo sino dispositivo y, por ello, es de aplicación en defecto del pacto entre particulares, sus normas, en definitiva no son normas de derecho necesario que haya de regir en todo caso sino que, como consecuencia de aplicarse a una relación jurídico privada son normas dependientes de la voluntad de las partes y de aplicación en defecto de pacto entre ellas, y así debe entenderse el artículo 1255 de nuestro código Civil, que establece el principio de libertad de pactos en el ámbito privado, cuando dispone que “Los contratantes pueden establecer los*

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público." Principio éste que enunciarnos que tiene su réplica en el artículo 25 del TRLCSP, pero que traemos a colación en el ámbito privado porque es el que resulta de aplicación a esas fases posteriores del contrato que es objeto del presente recurso. Con ello, sin ánimo de taxatividad, queda claro que el régimen en el ámbito privado negocial es el que las parte libremente fijan, y por tanto, no puede hablarse, como pretende el recurrente de que el contrato al establecer cláusulas de contenido idéntico a las establecidas para los contratos administrativos, es nulo, ya que ello supone, cuando menos, un claro desconocimiento del régimen jurídico de los contratos que se celebre por la administración, por sí o a través de los entes que la conforman, con independencia de la naturaleza de éstos. Sentado, pues, que es correcta esa previsión genérica del régimen de los contratos administrativos al presente, de naturaleza privada, puesto que las partes son libres para establecer las cláusulas que estimen convenientes y adherirse o no al contrato según deseen",

Realitzat aquest aclariment, l'art. 221 del TRLCSP especifica que "els contractes s'extingeixen per compliment o per resolució".

L'art. 223.c) del TRLCSP, referit a l'informe jurídic de 27 d'octubre de 2017, especifica, entre les **causes de resolució** del contracte, el mutu acord entre l'Administració i el contractista. Causa que també es troba recollida en la clàusula 6.1.h dels Plecs de Clàusules Particulars que van regir el contracte, objecte d'aquesta recomanació.

I l'art. 224.4 del TRLCSP, també referit al mencionat informe, relatiu a "**Aplicació de les causes de resolució**", estableix que "La resolució per mutu acord només pot tenir lloc quan no concorri una altra causa de resolució que sigui imputable al contractista, i sempre que per raons d'interès públic facin innecessària o inconvenient la permanència del contracte".

Per tant, es pot concloure que **els requisits materials exigibles** per a la resolució del contracte per mutu acord són:

- Manca de concurrència de **cap altra causa de resolució** concurrent **imputable al contractista.**

L'objectiu d'aquest requisit és evitar que l'adopció de decisions per part de l'Administració siguin preses en interès del contractista, és a dir, evitar que els contractes finalitzin per mutu acord quan s'haurien de finalitzar per causa imputable al contractista, i per tant, excusar al contractista de la corresponent imposició de sancions e indemnitzacions, atès que si la causa de resolució del contracte és per incompliment culpable del contractista, aquest hauria d'indemnitzar a l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats (art. 225.3 TRLCSP).

- Existència de **raons d'interès públic**

L'interès públic és el fonament de la contractació pública. L'art. 22 TRLCSP recull que *"Els ens, organismes i entitats de sector públic no poden subscriure altres contractes que els que siguin necessaris per la compliment i la realització dels seus fins institucionals"*.

No només opera en la preparació, licitació i execució del contracte, sinó també l'interès públic ha de ser present en la causa de la seva finalització, requerint la corresponent anàlisi objectiva causal de la resolució del contracte.

II. Respecte a la seva **tramitació, l'art. 224.1 regula** que *"La resolució del contracte, l'ha d'acordar l'òrgan de contractació, d'ofici o a instància del contractista, si s'escau, seguint el procediment que les normes de desplegament d'aquesta llei estableixi"*, que exigeix la seva remissió al RGLCAP i concretament a l'art. 109, també referit a l'Informe exposat, que preveu:

"1. La resolució del contracte, l'acorda l'òrgan de contractació, d'ofici, o a instància del contractista amb l'autorització prèvia, en el cas que preveu l'últim paràgraf de l'article 12.2 de la Llei, del Consell de Ministres, i amb el compliment dels requisits següents:

- a) Audiència del contractista pel termini de deu dies naturals, en el cas de proposta d'ofici.*
- b) Audiència, en el mateix termini anterior, de l'avalador o assegurador si es proposa la confiscació de la garantia.*
- c) Informe del Servei Jurídic, excepte en els casos que preveuen els articles 41 i 96 de la Llei.*
- d) Dictamen del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma respectiva, quan el contractista hi formuli oposició."*

2. Tots els tràmits i els informes preceptius dels expedients de resolució dels contractes es consideren d'urgència i tenen preferència per al seu despatx per l'òrgan corresponent."

III. Finalment, respecte als **efectes de la resolució, l'art. 225.1 del TRLCAP** estableix que *"Quan la resolució es produeixi per mutu acord, els drets de les parts s'han d'acomodar al que elles hagin estipulat vàlidament"*; i l'art. 309.1 del TRLCAP que *"La resolució del contracte dona dret al contractista, en tot cas, a percebre el preu d'estudis, informes, projectes, treballs o serveis que efectivament hagi realitzat d'acord amb el contracte i que hagin estat rebuts per l'Administració"*.

Cal referenciar també que l'art. **301.2 del TRLCAP** especifica que *"Llevat que es disposi una altra cosa en els plecs de clàusules administratives o en el document contractual, els contractes de serveis que tinguin per objecte el desenvolupament i la posada a disposició de productes protegits per un dret de propietat intel·lectual o industrial comporten la cessió d'aquest a l'Administració contractant ..."*.

CONCLUSIONS

Per tant, un cop examinada la documentació i la informació que consta en l'expedient, i analitzada la normativa d'aplicació, per tal de fomentar i millorar les bones pràctiques en la gestió pública, prioritant la prevenció per sobre de les conductes reactives, i centrant-nos exclusivament en les irregularitats contractuals detectades i descrites en els apartats precedents, procedeix realitzar les següents conclusions:

a) Incompliments relatius a la configuració i funcions del Comitè d'experts i les valoracions de les proposicions:

El Comitè d'experts: 1) ha tingut accés i ha valorat els criteris vinculats a l'objecte del contracte i que servien de base per a l'adjudicació del contracte: oferta econòmica (sobre nº 3) i proposició tècnica (sobre nº 2); 2) I a més segons consta en el propi informe tècnic evacuat pel dit Comitè d'Experts, la valoració de l'oferta econòmica es va fer abans que la de la proposta tècnica que depenia de criteris subjectes a judicis de valor. Fets aquests que han implicat:

- A) Vulneració dels articles 25, 26, 30.2, 30.3 del RD 817/2009 de 8 de maig, pel que es desenvolupa parcialment la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic i per tant de les garanties inherents als mateixos dirigides, entre d'altres, a protegir la transparència, l'objectivitat i imparcialitat en els procediments oberts en els que, com és el cas que ens ocupa, s'hagi atribuït als criteris avaluable de forma automàtica una ponderació inferior a la corresponent als criteris la quantificació dels quals depengui d'un judici de valor (ens remetem aquí, entre d'altres, a la ja citada Resolució nº 655/2018, de 6 de juliol de 2018 del Tribunal Administratiu Central de Recursos contractuals i a l'Informe 21/2009, de 16 de setembre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó.)
- B) Confusió entre la Mesa de Contractació i el Comitè d'experts pel que fa a la valoració econòmica en la mesura en que aquesta funció va ser entomada pel propi Comitè d'experts limitant-se la Mesa a elevar-la a l'òrgan de contractació.

b) Irregularitats en la presa de decisions relativa als conceptes i quantitats de la liquidació del contracte per causa de mutu acord

Atès el contingut dels correus electrònics entre XXX, que referencien converses in generis, quantitats arbitràries sense justificar documentalment, pactes que no estan protocol·litzats, abonaments parcials a l'expectativa d'un projecte, objecte del contracte, evidencien falta de rigor i irregularitats vers la transparència, la motivació i la formalització dels costos de liquidació del contracte.

c) Manca de justificació dels treballs i costos al·legats per l'empresa adjudicatària i que finalment van ser abonats per l'entitat pública empresarial

- Manca de correlació entre la nota de premsa de l'entitat pública empresarial de retirada del projecte amb la documentació presentada per l'empresa adjudicatària on s'imputa els costos del mateix mes i posterior de la retirada del projecte.
- Orfandat justificativa que s'ha donat malgrat que molts dels supòsits al·legats eren tributaris d'una fàcil i senzilla acreditació. Per exemple respecte als costos salarials al·legats un bon element indiciari hauria pogut ser la identificació de les persones que segons l'empresa van participar en el projecte, l'aportació de les nòmines o els TC de les persones treballadores així com una mínima relació dels serveis concrets prestats. També imputa l'empresa a la quantitat reclamada el cost d'haver mantingut reunions: a) amb representants del sector XXX però no s'aporta cap acreditació al respecte, ni tan sols, la identitat dels subjectes que van participar, ni el lloc on es va celebrar (solament consten referenciades 2 dates), b) amb 4 persones físiques però al respecte tampoc es dona cap detall (ni noms, ni dates, ni lloc...). I igualment es diu que es va "buscar" i es va "treballar amb una nova fotografia" en aquest cas es podia haver identificat a la professional, aportar l'instrument jurídic que emparava la relació contractual, mercantil o laboral així com el rebut de l'abonament dels seus serveis. A més tampoc de la quantia total reclamada es fa un desglossament de la part que correspon a cada una d'aquestes feines.

d) Manca de justificació i transparència en la Redefinició del projecte, respecte a la proposta tècnica presentada en la licitació per l'empresa adjudicatària

Atesa la documentació presentada per l'empresa adjudicatària hi ha indicis que el projecte va ser "redefinit", després de reunions amb l'equip de l'entitat pública empresarial i l'empresa adjudicatària, però a l'expedient administratiu no consta cap referència relativa a les al·legades. Però a més, d'haver-se celebrat al no constar aixecades actes de les mateixes no hi ha evidències de la motivació per la qual una proposta tècnica que va obtenir una puntuació amb excel·lència va ser "redefinida" ja al dia següent de l'adjudicació i abans inclús de la publicació d'aquesta. Circumstància que fa aconsellar que es valori la conveniència o viabilitat d'una anàlisi de les dues propostes tècniques (la presentada en la licitació, i la presentada en la liquidació) per part de tècnics experts competents per verificar si la proposta tècnica de redefinició del projecte podria suposar una alteració de la proposta tècnica presentada en la licitació, amb entitat suficient per poder ser considerada una modificació del contracte.

e) No consta argumentació jurídica que empari legal ni contractualment l'obligació de l'entitat pública empresarial d'abonament a l'adjudicatària de la quantitat de XXX euros per la cessió de drets, ni la fonamentació del seu pagament, ni la motivació respecte a procedència d'aquella quantitat de XXX euros i no una altra. Tampoc consta cap estudi o informe tècnic o jurídic que justifiqui la valoració dels referits "drets creatius i propietat intel·lectual" en la quantia de XXX.

RECOMANACIÓ

Atès el model de governança pública de l'Ajuntament de Barcelona basada en l'exemplaritat i l'ètica pública en les actuacions administratives, en compliment de la normativa d'aplicació i de les bones pràctiques es formulen les següents recomanacions a la vista de l'anàlisi estrictament tècnica del contracte que ens ocupa, practicada per l'Òrgan Gestor de la Bústia Ètica, en l'àmbit de les seves competències:

I. RECOMANACIONS ESPECÍFIQUES RESPECTE A L'EXPEDIENT DE CONTRACTACIÓ:

- Donar trasllat de la present Recomanació a la Intervenció General de l'Ajuntament de Barcelona a la vista del seu contingut i en atenció a les competències que legalment té atribuïdes. I en especial pel que fa al possible anàlisi i control financer del contracte objecte d'aquesta recomanació i que a la vista dels seus resultats s'adoptin les mesures legals pertinents i, de ser el cas, es depurin les responsabilitats, de qualsevol mena, en què es pogués haver incorregut. Interessant que, del mateix es doni trasllat a aquesta Direcció d'Anàlisi als efectes del seu seguiment i a l'empara del que disposen les Normes Reguladores de la Bústia Ètica.

- Donar trasllat de la present Recomanació a la Secretaria General en virtut de les funcions que li reconeix, entre d'altres, el Reial Decret 128/2018, de 16 de març, regulador del règim jurídic dels funcionaris d'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional.

- Donar trasllat de la present Recomanació a l'òrgan gestor de la contractació per tal que es valori el possible reintegrament de la quantia abonada a l'adjudicatària arran de la resolució del contracte per mutu acord pels conceptes de treballs efectuats durant els mesos de maig a juny així com per la cessió dels "drets creatius i propietat intel·lectual".

- Es doni trasllat al Comitè d'ètica per si els fets poguessin ser constitutius d'infracció del codi ètic en matèria, entre d'altres, de: a) gestió i aplicació dels recursos públics (art 11 del referit cos normatiu); b) contractació pública (art 13) i en especial pel que es refereix al conflicte d'interès (article 13 en relació al 8) al·legat.

II. ADOPCIÓ DE MESURES PER A FUTURES LICITACIONS:

- Estricta respecte a les previsions legals establertes en relació a la figura del "Comitè d'Experts" en els casos que preceptivament aquest hagi d'intervenir.

- Que consti degudament acreditat a l'expedient l'efectiva realització dels serveis treballats o prestacions portades a terme per les empreses adjudicatàries en fase d'execució del contracte abans de procedir al seu pagament per l'entitat pública empresarial.

X. PRESSUMpte INCOMPLIMENT DELS PLECS DE CLAUSULES ADMINISTRATIVES PARTICULARS PER PART DE L'ÒRGAN DE CONTRACTACIÓ. PRINCIPI D'IGUALTAT DE LES EMPRESES ADJUDICATÀRIES. PUBLICITAT DE LES AGENDES PÚBLIQUES.

A la Bústia Ètica es va rebre una comunicació relativa a la presumpta irregularitat en el compliment d'algunes de les clàusules del Plec de clàusules administratives particulars de l'expedient XXX relatiu a l'atorgament d'autoritzacions d'ocupació temporal a l'espai públic de Barcelona per a la instal·lació de serveis de temporada.

Concretament, en la comunicació s'informa que el/la titular d'una llicència va muntar la seva instal·lació abans de pagar la taxa corresponent de manera que, segons la persona comunicant, aquest/a va obtenir així una posició més beneficiosa que la resta d'adjudicatari/àries que van muntar més tard les seves instal·lacions. Això, malgrat que en les clàusules Administratives particulars es recollia expressament que: 1) el pagament de l'import resultant d'aplicar l'oferta presentada per l'adjudicatari/ària a les taxes establertes s'havia de realitzar prèviament a la instal·lació dels serveis de cada temporada i 2) que no es donaria permís per al muntatge de la instal·lació si no s'havia acreditat, prèviament, el pagament del referit import. A la comunicació també s'afegia que: a) l'òrgan municipal contractant va apartar-se d'allò establert en els plecs, canviant de criteri i permetent que la instal·lació fos muntada sense que s'hagués ingressat la taxa corresponent; i b) que determinats operadors podien haver obtingut la informació relativa al canvi de criteri abans que la resta. La comunicació venia acompanyada entre d'altres indicis d'una fotografia del muntatge de la instal·lació que presumptament s'havia realitzat abans de què es procedís al pagament.

Rebuda la comunicació, la Bústia Ètica va efectuar les actuacions d'investigacions pertinents, entre d'altres: 1) Visualització en la plataforma de contractació de la Generalitat de Catalunya i anàlisi dels expedients administratius d'aplicació⁸⁸; 2) Sol·licitud d'informació a l'òrgan gestor; 3) Sol·licitud

⁸⁸ A tal efecte, cal aclarir que els serveis de temporada XXX estan regulats per dos expedients diferents, un de data 2017 i l'altre de data 2021.

Respecte a l'expedient del 2017, el règim jurídic aplicable és aquell establert al Decret 336/1988, de 17 d'octubre pel que s'aprova el Reglament del Patrimoni dels ens locals i, en els supòsits en els que s'estimi necessari garantir el principi de lliure concurrència, el Real Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, d'aplicació subsidiària pel que fa al procediment d'atorgament en allò no previst en aquestes prescripcions ... (Clàusula 2 dels Plecs).

Respecte a l'expedient del 2021, el règim jurídic aplicable és aquell establert al Decret 336/1988, de 17 d'octubre pel que s'aprova el Reglament del Patrimoni dels ens locals i, en els supòsits en els que s'estimi necessari garantir el principi de lliure concurrència, la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector

d'ampliació d'informació a la persona comunicant; 4) Visualització de l'agenda pública d'un representant municipal; 5) Sol·licitud d'informe a la Tinença d'Alcaldia corresponent respecte la publicació de contactes i/o reunions amb un grup d'interès per part d'un representant municipal.

Del resultat de les diligències d'investigació i comprovació practicades, es va constatar, entre d'altres extrems:

- que, l'òrgan municipal contractant, al respondre a la sol·licitud de informació formulada per la Bústia Ètica, va confirmar que, efectivament, va adoptar la decisió de no cobrar la taxa de manera immediatament anterior a la sol·licitud de muntatge. Decisió que es va motivar, segons el referit òrgan, en la possibilitat de què els adjudicataris poguessin avançar en el desenvolupament del servei que tenien adjudicat mentre es tramitava l'expedient pel qual es rebaixarien les seves taxes un XX% i poguessin, així, anar muntant esglaonadament tal com es realitzava cada temporada i això per quant la motivació del Decret de reducció de taxes era evitar un esforç econòmic excessiu per a uns negocis que han patit de manera important la crisi de la pandèmia de la Covid19, i per aquesta raó es va considerar convenient flexibilitzar una de les obligacions establertes al plec, i fer-ho en igualtat de condicions respecte de tots els autoritzats.

Arran d'aquesta resposta, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica va interessar a l'òrgan municipal contractant gestor que aportés l'acord o resolució que emparava aquesta decisió, acompanyant còpia de la mateixa i indicant la forma de la publicitat que es va donar a aquesta mesura respecte als diferents operadors (entre d'altres extrems, si es va informar d'aquest fet a tots els operadors, dates de la informació i canal utilitzat). L'òrgan municipal contractant no va facilitar a la Bústia Ètica la informació sol·licitada.

- Que, dues empreses de l'expedient de data 2017, una d'elles identificada en la comunicació, van sol·licitar permís de muntatge abans de l'aprovació del Decret de reducció de les taxes i que, l'òrgan municipal contractant, ho va autoritzar.
- Existència de contactes entre un grup d'interès i representants de l'Ajuntament, segons informe de l'òrgan contractant afectat.

Arran d'aquesta afirmació, sobre l'existència de contactes⁸⁹ amb un grup d'interès, la Bústia Ètica va revisar el Portal de Transparència constatant la manca de publicació d'aquests

públic, d'aplicació subsidiària pel que fa a l'atorgament en allò no previst en aquestes prescripcions ... (Clàusula 2 dels Plecs).

⁸⁹ Al respecte s'ha de dir que d'acord amb la Guia sobre els grups d'interès i el Protocol aplicable a les relacions d'alts càrrecs del Departament de Justícia, l'activitat d'influència o d'intermediació és perfectament lícita i legítima, i permet aportar informació, punts de vista i

contactes, o de qualsevol altres, en l'agenda pública del/de la representant municipal al·ludit/da. Motiu pel qual se li va donar trasllat a aquest/ta.

Efectuades les actuacions d'investigació corresponents, examinada la documentació requerida a l'òrgan gestor afectat, així com la resta d'informació obtinguda, i analitzada la normativa d'aplicació, es van traslladar les següents consideracions i recomanacions:

CONSIDERACIONS

DEL VALOR JURÍDIC DELS PLECS DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES I DE PRESCRIPCIONS TÈCNIQUES

La Resolució nº 049/2011, de 24 de febrer, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, recull la jurisprudència del Tribunal Suprem respecte a la doctrina que els plecs de clàusules administratives i de prescripcions tècniques són llei entre les parts:

"... En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Suprem de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982)".

En el mateix sentit, la Resolució nº 271/2012, de 30 de novembre del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals exposa que:

"... tal y como tiene dicho este Tribunal en diversas resoluciones como la nº198/2011 y, por todas, la nº 163/2012 (Rec. 146/2012), cuando sobre el carácter del pliego dice: Pues bien, ante todo debe indicarse que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación."

La Resolució 6/2016, del Tribunal administratiu Central de Recursos Contractuals recull la doctrina que els plecs tenen valor de llei:

dades valuoses als qui prenen decisions públiques i, per tant, millorar-les. Si bé s'hauran d'articular les mesures de transparència pertinents d'acord amb la normativa aplicable a l'efecte.

"... Es indudable concluir que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación, tiene en ésta valor de ley, sin que en ningún caso deba extraerse la conclusión de que habrá de estarse sólo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. De este modo, todos aquellos supuestos que impliquen falta de cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y, en especial, la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares, como por el de prescripciones técnicas".

D'altra banda, la Resolució 26/2013 de 29 de maig, del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó recull que les conseqüències jurídiques de la seva incompatibilitat amb la disciplina legal:

"La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas forma parte de la preparación de los contratos y las consecuencias jurídicas de su eventual incompatibilidad con la disciplina legal deben examinarse a la vista de lo previsto en los artículos 31 a 39 del TRLCSP, en los que se regula el régimen de invalidez de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos".

PRINCIPIOS D'IGUALTAT, TRANSPARÈNCIA I LLIURE COMPETÈNCIA

L'article 132 de la LCSP recull els principis d'igualtat, transparència i lliure competència:

"1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. 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.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación."

Cal recordar que d'acord amb la clàusula 2 relativa a la Normativa aplicable de l'expedient 21/002 CIP, en el seu apartat 2.2 remet com a règim aplicable al contracte a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic en els supòsits en els que s'estimi necessari garantir el principi de lliure concurrència.

D'altra banda, la Sentència del TJUE de 12 de març de 2008, referencia que *"el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos"*.

Així com la Sentència del TJUE de 22 d'abril de 2010 que recull *"mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta"*, con el objetivo de *"garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora"* (Sentencia del TJUE de 31 de gener de 2013).

En el mateix sentit, el Tribunal de Contractació Administrativa de Madrid en el seu acord 157/2014 de 17 de setembre de 2014 exposa que *"el acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia"*, i que *"los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos"*.

Finalment, referir la Instrucció 1/2014 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya que estableix com a directriu per impulsar la transparència i promoure la concurrència utilitzar el perfil del contractant com a instrument de comunicació, i de formulació/resolució de consultes.

FORMA DE L'ACTE ADMINISTRATIU

L'article 36 de Llei 39/2015, d'1 d'octubre del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, recull la forma de l'acte administratiu:

"1. Els actes administratius s'han de produir per escrit a través de mitjans electrònics, llevat que la seva naturalesa exigeixi una altra forma més adequada d'expressió i constància.

2. En els casos en què els òrgans administratius exerceixin la seva competència de forma verbal, la constància escrita de l'acte, quan sigui necessària, l'ha d'efectuar i signar el titular de l'òrgan inferior o funcionari que la rebí oralment, i en la comunicació d'aquest ha d'expressar l'autoritat de la qual procedeix. Si es tracta de resolucions, el titular de la competència ha d'autoritzar una relació de les quehagi dictat de forma verbal, amb expressió del seu contingut.

..."

La forma de l'acte administratiu és la manera en la que es produeixen els actes administratius, que pot ser oral o escrita. Si bé, i en aplicació de l'art. 36.2 de la citada llei en alguns supòsits, l'exercici de la competència es pot realitzar de forma verbal, es precisa la seva constància escrita en els termes establerts pel citat precepte.

Respecte als fets concrets de la comunicació, d'acord amb la clàusula XX in fine del plec de condicions relativa a la normativa aplicable *"La presentació de les proposicions per part del licitador implica l'acceptació íntegra del contingut dels plecs, dels seus annexes i de la normativa aplicable"*.

Per tant, no es pot alterar unilateralment les clàusules dels plecs administratius, sense seguir el procediment establert, encara que sigui en benefici de les empreses adjudicatàries, atès que són determinants tant per als licitadors com per a l'Administració contractant, ans el contrari, seria contrari al principi de concurrència i igualtat de tracte.

II. En el cas concret, en els plecs de clàusules administratives consten les clàusules XX, XX i XX amb idèntic contingut per als expedients XXX i XXX les quals recullen l'obligació de pagar la taxa prèvia al permís de muntatge de la instal·lació.

Els fets de la comunicació informen d'una empresa adjudicatària de l'expedient XX que va procedir al muntatge de la instal·lació, i presumptament sense haver fet el previ pagament de la taxa.

Al respecte, l'òrgan municipal competent va informar a l'òrgan gestor de la Bústia Ètica que *"la decisió de no cobrar la taxa de manera immediatament anterior a la sol·licitud de muntatge, aquesta es va motivar en la possibilitat de que poguessin avançar en el desenvolupament del servei que tenien adjudicat mentre es tramitava l'expedient pel qual es rebaxarien les seves taxes un 75% i anar muntant esglaonadament"*.

De la documentació proporcionada per l'òrgan gestor, en relació a la decisió de no cobrar la taxa prèviament a la sol·licitud de muntatge, l'únic suport documental proporcionat al respecte és la referència que de la mateixa fa (en els termes transcrits en el paràgraf precedent) en l'informe remès a la Bústia Ètica, però no consta documentada l'existència d'acte administratiu o decisió en tal sentit, ni la seva publicació o comunicació en igualtat de condicions a la totalitat dels adjudicataris de l'expedient.

AGENDA PÚBLICA – REGISTRE GRUP D'INTERÈS

Sense perjudici que en el cas concret, segons informació de la Tinença afectada, no va existir contacte entre càrrec electe i grup d'interès, i partint com s'ha dit de què segons la Guia sobre els grups d'interès i el Protocol aplicable en les relacions d'alts càrrecs del Departament de Justícia, l'activitat d'influència o d'intermediació és perfectament lícita i legítima, i permet aportar informació, punts de vista i dades valuoses als qui prenen decisions públiques i, per tant, millorar-les. En l'exercici de les funcions de prevenció que entre d'altres s'encomanen a la Direcció d'Anàlisi en virtut

de l'art. 26 de les Normes reguladores de la Bústia Ètica es procedirà a formular, una vegada fet el corresponent anàlisi jurídic, les recomanacions en matèria d'Agenda Pública i Grup d'interès corresponents.

I. A tal efecte, cal recordar que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno va emetre la "Recomendación 1/2017 sobre la publicación de las agendas dirigida a miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y altos cargos de la Administración" i en el seu Preàmbul consta que:

"Si bien es cierto que los contenidos de las agendas de los altos cargos no están, en principio, afectados por el principio de publicidad activa de los artículos 6 y siguientes de la LTAIBG -que obliga a publicar, de oficio, determinada información de carácter institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria o estadística-, no es menos cierto que dichas previsiones normativas constituyen un mínimo que puede desarrollarse con carácter voluntario por parte del organismo concernido o que debe sumarse a la publicidad activa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LTAIBG, que prevé la incorporación a las obligaciones de publicidad activa de aquella información "cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia".

...

"Esta demanda y el interés que manifiesta, entroncan directamente con el objetivo último con el que fue aprobada la Ley de Transparencia y con el interés legítimo de los ciudadanos en la rendición de cuentas y favorece el escrutinio de la actividad pública.

El conocimiento de las agendas de los responsables públicos ayuda a alcanzar este objetivo y su contenido constituye, con carácter general, información que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información pública, en la medida en que obran en poder de organismos públicos sujetos a la Ley. Es decir, constituye información pública a los efectos del artículo 13 de la LTAIBG.

En consecuencia, la información referida a la actividad de quienes dirigen, organizan y son responsables de la toma de decisiones, contribuye a formar en la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad pública y, con ello, a facilitar el escrutinio ciudadano y el ejercicio del control democrático.

Por otra parte, la publicación de esta información constituye una buena práctica que se asume con mayor frecuencia entre los responsables de la actividad pública, así como un medio de participación de los ciudadanos en los asuntos que les conciernen.

Por ello, entiende el CTBG que la información acerca de la actividad pública diaria de los responsables públicos -siempre que tenga trascendencia pública y con exclusión, por tanto, de aquella estrictamente relacionada con el funcionamiento interno o cotidiano de los correspondientes organismos-, debe ser publicada con la mayor extensión posible y sin perjuicio de la aplicación de los límites establecidos en la LTAIBG entendidos según lo previsto en la norma y de acuerdo con la interpretación restrictiva que de los mismos realiza este Organismo y los Tribunales de Justicia.

El Consejo entiende, asimismo, que el objeto de esta publicación debe ser la agenda de trabajo del responsable público como reflejo de su desempeño diario y del ejercicio de sus competencias, funciones y tareas.

...

Por lo demás, en España algunas de las leyes de transparencia aprobadas por las Comunidades Autónomas (CCAA) –concretamente y hasta el momento, las de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y la Región de Murcia- han incluido la publicación de las agendas dentro de las obligaciones de publicidad activa. Igualmente, diversas ordenanzas municipales ya regulan y prescriben la obligación de desarrollar agendas transparentes e, incluso, han determinado el formato, alcance de obligaciones y contenidos concretos”

II. La Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern recull en el seu art. 55 com a Principis d'actuació:

“1. Els alts càrrecs han d'actuar d'acord amb els principis ètics i les regles de conducta següents:

...

c) La transparència de les activitats oficials, dels actes i decisions relacionats amb la gestió dels assumptes públics que tenen encomanats i de llur agenda oficial, als efectes de publicitat del Registre de grups d'interès, establert pel títol IV”

La Secretaria de Transparència i Govern Obert de la Generalitat de Catalunya va aprovar, en data 22 de juliol de 2016, un document sobre “OBLIGACIONS DE PUBLICITAT ACTIVA DERIVADES DEL CODI DE CONDUCTA DELS ALTS CÀRRECS I PERSONAL DIRECTIU DE L'ADMINISTRACIÓ DE LA GENERALITAT I DE LES ENTITATS DEL SEU SECTOR PÚBLIC” (Acord del Govern de 21/6/2016) en relació amb l'Agenda pública amb grups d'interès, obsequis, invitacions a viatges, desplaçaments i allotjaments, respecte als Criteris de publicitat activa dels alts càrrecs i directius recull que:

“II. Criteris de publicitat activa dels alts càrrecs i directius

Es fixen, en relació a determinats compromisos de publicitat activa que assumeixen els alts càrrecs i directius de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i de les entitats del seu sector públic que formalitzin el document d'adhesió al contingut del Codi de conducta els criteris següents:

II.1 Agenda pública amb grups d'interès

L'agenda pública amb grups d'interès inclou la relació de totes les reunions, actes o altres activitats que s'hagin dut a terme amb persones considerades grups d'interès: Són grups d'interès les persones físiques o jurídiques i les organitzacions sense personalitat jurídica que duen a terme activitats susceptibles d'influir en l'elaboració o l'aplicació de les polítiques públiques o en l'elaboració de propostes normatives.

Resten excloses els activitats relatives a la prestació d'assessorament jurídic o professional vinculades directament a defensar els interessos dels afectats per procediments administratius, les destinades a informar un client sobre una situació jurídica general, les activitats de conciliació o mediació dutes a terme en el marc de la llei, o les activitats d'assessorament dutes a terme amb finalitats informatives per a l'exercici de drets o iniciatives establerts per l'ordenament jurídic.

Informació a publicar:

- Data: Data de l'activitat o contacte*

- *Grup d'interès: Denominació de la persona física o jurídica o organització sense personalitat jurídica amb qui es manté el contacte. En el cas que s'hagi inscrit al Registre de grups d'interès, es farà constar la denominació inscrita.*
- *Inscripció al RGI: Es farà constar un dels tres literals següents:*
 - o *"Sí, Grup d'interès inscrit"*
 - o *"Grup en procés d'inscripció"*
 - o *"Declaració de compromís d'inscripció"*
- *Numero de RGI: Numero identificador en el RGI de la Generalitat de Catalunya, altrament, en blanc.*
- *Activitat: Descripció del tipus d'activitat (Reunió, acte, jornada formativa...)*
- *Tema: Breu descripció de l'activitat*
- *Alt Càrrec: Nom i cognoms de l'alt càrrec, amb inclusió, si escau, del tractament.*
- *Càrrec: Literal que descriu el càrrec.*

Format i actualització

La informació es mostrarà en un fitxer excel únic per a cadascun dels departaments i per cadascuna de les entitats del sector públic, d'acord amb una plantilla i format normalitzats. La presentació inicial serà ordenada per data decreixent i alfabèticament de grup d'interès. L'actualització del fitxer serà setmanal, incloent els registres anteriors".

Posteriorment, en data 14 d'octubre de 2021, la Comissió Interdepartamental de Transparència i Govern obert va aprovar un document sobre "CRITERIS DE PUBLICITAT ACTIVA D'INFORMACIÓ RELATIVA A LES AGENDES PÚBLIQUES I ALS OBSEQUIS I INVITACIONS REBUTS PEL PERSONAL AMB RANG DE SUBDIRECCIÓ GENERAL O ASSIMILAT".

III. El Decret 8/2021, de 9 de febrer, sobre la transparència i el dret d'accés a la informació pública recull en el seu art. 33 relatiu a "Agendes públiques, obsequis, viatges i altra informació rellevant que:

"1. S'han de fer públiques, amb identificació del nom, cognoms i càrrec, i amb periodicitat mensual, les informacions relatives als alts càrrecs de les administracions públiques i al personal directiu de les entitats dels sectors públics d'aquestes següents:

a) Les agendes públiques pel que fa als contactes i reunions mantinguts amb els grups d'interès, en els termes i amb els requisits que són definits a la normativa vigent reguladora dels grups d'interès.

En tot cas, aquesta informació ha de contenir la data de la reunió, el nom del grup d'interès, i la persona o persones que actuen en nom d'aquest i l'objecte de la reunió amb la precisió suficient per conèixer-ne el contingut principal."

IV. El Codi ètic i de conducta de l'Ajuntament de Barcelona recull a l'art. 12 les Normes de conducta relatives a la transparència i accés a la informació que:

"Per tal de garantir el principi de transparència en el desenvolupament de les seves funcions i responsabilitats, en l'exercici del seu càrrec i dins dels seu àmbit competencial, les persones subjectes a aquest Codi han d'adaptar les seves conductes a les normes següents:

...

d) El Govern Municipal, la resta de membres electes i els alts càrrecs faran públiques les activitats, els actes i l'agenda oficial relacionats amb els assumptes públics que tingui encomanats, als efectes de publicitat del registre de grup d'interès.

...

n) Estendre als comissionats i comissionades, consellers i conselleres municipals i al personal eventual les obligacions que en matèria de publicació de les retribucions, indemnitzacions, dietes, agendes i trajectòria professional, preveu per als càrrecs electes i alts càrrecs la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern."

Als efectes de consideració d'alts càrrecs, en el portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona consta que "En l'àmbit de l'aplicació de la Llei de transparència, a l'Ajuntament de Barcelona tenen la consideració d'alts càrrecs els i les càrrecs electes, els comissionats i les comissionades, els consellers i les conselleres de districte, els i les gerents de l'Ajuntament i els districtes, les persones titulars de de la Secretaria General, de la Intervenció General i de la Tresoreria de l'Ajuntament, i el/la càrrec executiu superior (director/a general, gerent o assimilat/da) de les entitats municipals."

GUIA PER PUBLICAR AGENDES DEL GOVERN MUNICIPAL DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA

A l'Ajuntament de Barcelona hi ha una guia interna sobre la publicació de les agendes de regidors/res i comissionats/des, en la qual consta, entre d'altres extrems, que s'haurà de publicar totes les reunions i altres esdeveniments rellevants: reunions amb agents externs; reunions amb altres administracions públiques, partits polítics, organitzacions sindicals i empresarials; reunions internes d'especial rellevància per a la presa de decisions; reunions de les instàncies de l'Ajuntament de Barcelona com per exemple del Consell Municipal, del Ple de Consell Municipal i la Junta de Portaveus, de les comissions del Consell Municipal, etc; intervencions en mitjans de comunicació, en conferències i actes públics; i esdeveniments i actes institucionals...

REGISTRE DE GRUPS D'INTERÈS

De conformitat amb la Guia sobre els grups d'interès i el Protocol aplicable amb les relacions d'alts càrrecs del Departament de Justícia:

"A les agendes oficials de tots els alts càrrecs i personal directiu també cal registrar-hi els contactes amb els grups d'interès. Per saber quan ens trobem davant d'un grup d'interès, cal tenir present que la Llei ha optat per una definició molt àmplia de grup d'interès i que els elements principals a tenir en compte són:

- Que l'entitat, empresa o organització pugui entrar en contacte amb l'alt càrrec o directiu
- Que com a conseqüència d'aquest contacte pugui influir o tractar d'influir en la presa de decisions

L'activitat d'influència es pot desplegar a través de contactes com les reunions, les audiències a entitats, l'aportació de propostes normatives, l'organització d'actes conjunts o la participació en actes com a convidat."

Així mateix, estableix un procediment previ al contacte amb els grups d'interès, que a continuació es reproduueix:

"D'acord amb l'apartat 2 del Protocol d'actuació aplicable a les relacions dels alts càrrecs i del personal directiu de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic amb els grups d'interès, els alts càrrecs i el personal directiu poden mantenir contactes amb un grup d'interès quan estigui acreditada la seva inscripció en el Registre de grups d'interès o, subsidiàriament, si el grup d'interès ha formalitzat la sol·licitud i està en procés d'inscripció.

Amb aquesta finalitat, abans de mantenir reunions o de fer activitats conjuntes amb els grups d'interès, els alts càrrecs i el personal directiu han de seguir aquest procediment:

I. Comprovar que els grups d'interès afectats estan inscrits (1) o en procés d'inscripció (2) en el Registre de grups d'interès per mitjà de l'aplicació telemàtica de consulta del Registre. Excepcionalment, si concorre una causa que ho faci tècnicament impossible, aquesta comprovació es pot fer mitjançant una consulta al personal o punts de contacte del Registre (tel. 93 316 42 51 / 93 316 41 68).

II. En cas que no es trobi en cap de les situacions anteriors cal comprovar si ha formalitzat la declaració sobre el compromís de sol·licitar la inscripció en el Registre de grups d'interès de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic (3) i si aquesta declaració és vigent (4). Aquesta comprovació es fa mitjançant la consulta dels grups que han declarat el seu compromís a inscriure's.

III. Si es compleixen alguns dels requisits anteriors es pot mantenir el contacte (5).

IV. En cas que hi hagi formalitzada una declaració sobre el compromís i s'hagi exhaurit el termini per presentar la sol·licitud d'inscripció dins dels 10 dies següents al contacte mantingut cal

(4.1) recordar a la persona representant l'obligació de sol·licitar la inscripció sempre que vulguin actuar com a grup d'interès i

(4.2) denegar el contacte fins que no es pugui comprovar que s'ha formalitzat aquesta sol·licitud.

V. Amb caràcter excepcional (6), es poden mantenir contactes amb un grup d'interès que no hagi sol·licitat prèviament la inscripció en el Registre de grups d'interès (ni hagi efectuat una declaració de compromís anterior). En aquest cas:

(5.1) s'ha de facilitar a la persona que actua en representació del grup d'interès la Declaració sobre el compromís de sol·licitar la inscripció en el Registre de grups d'interès de l'Administració de la Generalitat i del seu sector públic i recollir el formulari signat,

(5.2) escanejar el document i trametre a l'òrgan responsable del Registre de grups d'interès el compromís formalitzat mitjançant un correu a grupsinteres.dj@gencat.cat, i

VI. Addicionalment, en els casos en què la sol·licitud al Registre no estigui formalitzada (4.1 i 5.1), s'ha de trametre (7), a la persona que actua en representació del grup d'interès la informació necessària perquè pugui fer la sol·licitud d'inscripció (model de resposta a un grup d'interès no inscrit)."

RECOMANA

Examinada la documentació i la normativa d'aplicació, l'òrgan gestor de la Bústia Ètica procedeix a realitzar les següents consideracions i recomanacions a l'efecte:

I. En aplicació dels principis d'igualtat, transparència i lliure competència que han de regir la licitació, l'òrgan de contractació ha de garantir que les empreses licitadores, així com les empreses adjudicatàries, disposin de la mateixa informació assegurant que cap contractista rebi informació exclusiva de manera individual, preservant el principi d'igualtat de tracte i transparència.

II. Observar les exigències formals i procedimentals establertes respecte als actes administratius, Llei 39/2015, d'1 d'octubre del Procediment Administratiu Comú, i la resta de legislació vigent aplicable en matèria de contractació.

III. L'òrgan de contractació ha de vetllar pel compliment de l'art. 63 LCSP que exposa "*Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos*".

Respecte a la manca d'activitat de la pestanya d'adjudicació i formalització a la Plataforma del Contractant de la Generalitat de Catalunya de l'expedient XXX CIP, caldrà donar compliment a l'art. 63.1 in fine LCSP "*Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.*"

IV. Enfortir la transparència a l'agenda pública dels membres electes en aplicació dels criteris establerts a la normativa i documentació jurídica exposada, i registrar els contactes que mantinguin amb els grups d'interès, amb especificació de la denominació, el número o identificador únic que aquests tinguin assignats i una referència succinta del contingut de la reunió o activitat, als efectes de la transparència, la integritat i l'equitat en el procés de decisions, i concretament perquè la ciutadania pugui identificar els grups d'interès, conèixer les relacions que estableixen entre les institucions públiques i els grups d'interès, saber quan es produeixen, a través de quins canals, amb quins efectes o resultats i d'acord amb quines regles de conducta.

Actualitzar en aquest sentit la Guia per publicar Agendes del Govern municipal de l'Ajuntament de Barcelona.

V. Donar compliment a l'art. 12 d) i n) del Codi ètic i conducta de l'Ajuntament de Barcelona "*El Govern Municipal, la resta de membres electes i els alts càrrecs*" han de fer públiques les activitats, els actes i l'agenda oficial relacionats amb els assumptes públics que tinguin encomanats, als efectes de publicitat del registre de grup d'interès, i "*Estendre als comissionats i comissionades, consellers i conselleres municipals i al personal eventual les obligacions que en matèria de publicació de les retribucions, indemnitzacions, dietes, agendes i trajectòria professional, preveu per als càrrecs electes i alts càrrecs la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern*". Recordant a tal efecte que, d'acord amb el que consta publicat al Portal de Transparència de l'Ajuntament de Barcelona, en l'àmbit d'aplicació de la Llei de

Transparència, a l'Ajuntament de Barcelona, també tenen la consideració d'alts càrrecs a més dels anteriors, "els i les gerents de l'Ajuntament i els Districtes, les persones titulars de la Secretaria General, de la Intervenció General i de la Tresoreria de l'Ajuntament, i el/la càrrec executiu superior (director/a general, gerent o assimilat/da) de les entitats municipals".

VI. Atès que en el Preàmbul del Decret Llei 1/2017, de 14 de febrer, es recull que "La regulació, a més, es respectuosa amb l'autonomia local i amb l'autonomia inherent a altres entitats obligades fins ara a comptar amb un registre de grups d'interès, perquè no impedeix que els ens locals i aquestes altres entitats puguin crear llurs propis registres", i en el seu cos, la Disposició Addicional Segona disposa que "Els ens locals ... poden crear llurs propis registres de grups d'interès", amb l'objectiu de promoure la millora contínua en transparència, aprofundir en el marc d'integritat de l'Ajuntament de Barcelona i en definitiva que la ciutadania pugui tenir un ampli coneixement i informació de l'organització interna de l'Ajuntament de Barcelona, es proposa als efectes escaients la creació del Registre de grups d'interès, com a "instrument al servei de la transparència, retiment de comptes i prevenció de la corrupció", de l'Ajuntament de Barcelona.

VII. D'aquesta recomanació es va donar trasllat a Alcaldia, a la Gerència Municipal, Gerència de l'Agenda 2030, Transició Digital i Esports, a l'òrgan municipal contractant, a Secretaria General, i a la Intervenció General. I també es va acordar donar trasllat al Comitè d'Ètica per si els fets poguessin, a més, ser constitutius d'infracció dels articles 12 i 13 del Codi Ètic i de conducta.

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

Arran del trasllat efectuat per la Bústia Ètica:

1) Al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona, aquest es va pronunciar constatant l'incompliment dels articles 12 i 13 del Codi ètic i de conducta que estableixen les obligacions de transparència a les quals estan sotmeses les actuacions de l'Ajuntament de Barcelona i va recomanar:

- que es tingui molta cura en autoritzar les mesures excepcionals, quan siguin necessàries, sempre a través de l'oportuna promulgació normativa, subjecta a la legalitat que a tots ens vincula, i d'aquesta manera pública i oberta a tothom.
- que d'acord amb la Recomanació formulada per la Direcció d'Anàlisi també convé la procedència de generar un Registre de grups d'interès de l'Ajuntament de Barcelona, per tal de vehicular amb la transparència deguda els contactes que es produeixin, més en circumstàncies excepcionals, amb els operadors afectats directament per les decisions de l'Ajuntament, així com l'enfortiment de la publicació de les agendes públiques en els extrems previstos en la referida recomanació de la Direcció d'Anàlisi.

2) A l'òrgan competent en matèria de transparència, qui, en relació a les Recomanacions en aquesta matèria formulades per la Direcció d'Anàlisi va convenir entre d'altres extrems, en la necessitat de modificar la Guia per publicar agendes del govern municipal de l'Ajuntament de Barcelona, donar l'impuls necessari per recordar aquesta obligació a l'organització, i incorporar a la informació dels contactes que s'incloguin a l'agenda, l'identificador de grup d'interès en el Registre de Grup d'Interès de Catalunya.

XI. ESTAT DE LES ACTUACIONS DERIVADES DE LA RECOMANACIÓ DE LA DIRECCIÓ D'ANÀLISI EN RELACIÓ AMB PRÀCTIQUES IRREGULARS EN UN CONTRACTE DE SERVEIS: EXIGÈNCIA DESPROPORCIONADA DE LA SOLVÈNCIA TÈCNICA PER AFAVORIR LA CONTRACTACIÓ D'UNA PERSONA CONCRETA, I QUE A MÉS VA PARTICIPAR EN L'ELABORACIÓ DELS PLECS DEL MATEIX CONTRACTE.

A la Bústia Ètica i de Bon Govern es va traslladar una comunicació relativa, entre d'altres, a presumptes irregularitats en un Contracte de serveis amb mesures de contractació pública sostenible d'un institut municipal, on s'exposava, que en els plecs d'aquesta licitació s'exigia una solvència tècnica tan exclusiva que ja es coneixia, prèviament a la finalització de la licitació, quina persona seria la designada per aquest perfil amb independència de les empreses licitadores que es presentessin, atès que "*qui vulgui guanyar*" aquest contracte hauria de contractar a XXX, una persona freelance que ja està treballant a l'institut municipal des de fa anys, sense ser de la plantilla, i que ha col·laborat amb l'òrgan de contractació, la Direcció YYY, en l'elaboració de nombrosos plecs que s'han licitat en aquesta legislatura.

Un cop presentada la comunicació, l'òrgan gestor de la Bústia ètica i de bon govern comprova els fets objecte de la comunicació mitjançant les tasques d'investigació que siguin procedents (art. 13 NRBEGB), que en el present cas van ser: a) Visualització en la Plataforma electrònica de contractació pública de la Generalitat de Catalunya del Contracte de serveis objecte de la recomanació; b) Anàlisi dels Plecs de clàusules administratives particulars del Contracte; c) Anàlisi dels Plecs de prescripcions tècniques (PPT) del Contracte; d) Anàlisi de l'Informe Justificatiu sobre la necessitat de contractar els serveis; e) Anàlisis de la resta de l'expedient administratiu de contractació objecte de investigació, f) Diverses sol·licituds de informació a l'òrgan gestor de la contractació a mesura que avançaven les diligències d'investigació (concretament va ser precís sol·licitar fins a sis requeriments informatius i documentals, g) Seguiment i anàlisi dels rastres informàtics dels diferents expedients de contractació en que va participar XXX; h) Vinculació contractual de XXX amb l'Ajuntament de Barcelona; i) Possible discordança entre la vinculació contractual de XXX i el període en que va tenir assignada d'una adreça de correu corporatiu; j) Vinculació entre el/la Director/a YYY i XXX; k) Situació de conflicte d'interès per part del/de la Director/a.

D'altra banda, es va realitzar una anàlisi tècnica-jurídica dels següents extrems: 1) Objecte, normativa aplicable, durada del contracte i procediment emprat; 2) Motivació de la necessitat del contracte i justificació de la contractació externa; 3) Criteris de solvència professional: a) Subcontractació de la mateixa persona pel perfil de consultor en contractació pública per part de les dues úniques empreses licitadores, b) Advertiment en relació a l'exigència de solvència

desproporcionada, c) Resolució de l'Autoritat Catalana de la Competència en relació a part dels fets exposats en la comunicació; Comparació dels diferents requisits exigits: responsable del contracte, consultor especialista en contractació pública i pressupost del contracte; 4) Anàlisi dels requisits exigits en els plecs de prescripcions tècniques pel perfil de consultor especialista en contractació pública, que entre d'altres, era "**haver elaborat més de 50 contractes de serveis en l'administració pública durant els darrers tres anys d'import mínim de 100.000 euros de contracte**"; 5) Participació de XXX en l'elaboració dels plecs i en l'equip de treball de l'empresa adjudicatària del contracte, objecte de les presents diligències.

Del resultat de les diligències d'investigació i comprovació practicades, es va concloure que:

En la fase de preparació de l'expedient de contractació

- Es van detectar rastres que permetien albirar que XXX va participar en l'elaboració de: a) l'informe justificatiu del contracte; b) el càlcul detallat de l'import de contracte i c) els plecs de prescripcions tècniques (PPT) del contracte. En tots tres documents va participar des dels seus inicis, havent participat així mateix en el disseny dels requisits exigits pel perfil, que finalment va ocupar XXX.
- En la licitació, només es van presentar dues empreses, i les dues empreses en la presentació de les seves propostes van comunicar la necessitat de subcontractar l'execució parcial del contracte amb la mateixa persona subcontractista XXX per exercir les funcions de FFF, per poder complir amb les exigències de solvència tècnica establertes en el plec.

L'element diferenciador entre les empreses va ser el percentatge significatiu de la subcontractació: 35,99% i 27%. Diferència de percentatge (gairebé un 19% més) que aplicat sobre un total de més d'1 milió d'euros, es representa si més no com "notable". Resultant adjudicatària, precisament, l'empresa que presentava el percentatge més alt.

- Manca de motivació en l'expedient de contractació de la necessitat del contracte i justificació de la contractació externa, així com manca de motivació i de concreció dels requisits tan exclusius exigits pel perfil de FFF, que conculquen el principi de concurrència i lliure competència de la Llei 9/2017, de 8 de novembre de contractes del Sector Públic.
- Respecte als requisits exigits pel perfil FFF es va constatar una discordança entre el tenor literal que constava als plecs del contracte i el que l'òrgan de contractació va acabar acceptant com a tals. No consta, així mateix, que aquesta nova i posterior "interpretació" dels termes que figuraven als plecs fos objecte de publicació ni apareix a l'expedient de contractació.

Així als plecs tècnics s'exigia, textualment, per aquest perfil, entre d'altres: a) "**haver elaborat és de 50 de contractes de serveis en l'administració pública durant els darrers tres anys d'import mínim de 100.000 euros de contracte...**", i b) "acreditar experiència ...

demostrant la participació en projectes construïts..." . Malgrat **la claredat** del referit tenor literal dels plecs, posteriorment **i en resposta** a un requeriment de la Bústia Ètica, l'òrgan de contractació va "explicar" com havia aplicat o interpretat els termes "elaborar", i "participació en projectes..." i "participació en publicacions..." a l'hora de valorar la concurrència o no dels esmentats requisits (exigits als plecs del contracte) en l'únic/a candidat/a que les dues úniques empreses licitadores van presentar com a perfil de FFF per subcontractar. Així, segons va explicar, l'òrgan de contractació:

- 1) per un costat va reduir el concepte "elaborar" de manera que el va equiparar a *"qualsevol funció executada en relació a un expedient de contractació i inclou o pot incloure des de l'assessorament en la redacció de la documentació contractual a la seva pròpia redacció. El concepte abasta qualsevol participació (inclosa aquesta com a assessorament o redacció) en tot o part de la documentació contractual ..."* així com *"tasques que podien ser des d'un assessorament oral, la redacció d'una part de les prescripcions tècniques i/o la redacció d'un plec tècnic sencer sense que existeixi un lliurament i/o una recepció documental formal dels treballs realitzats"*,
i
- 2) en igual sentit redueix, a posteriori, el concepte: "participació en projectes..." a "participació en publicacions del ...".

Tot i la seva transcendència pel procés de contractació, no apareix ni als plecs ni a l'expedient de contractació la "redefinició i reducció" que, a la pràctica l'òrgan de contractació va fer de l'abast dels dos requisits exigits en els plecs del contracte pel perfil de FFF.

S'ha d'incidir en la transcendència d'aquest fet doncs: no solament va suposar una efectiva relaxació de les exigències professionals imposades per contracte al citat perfil professional, sinó que a més aquesta "relaxació o minoració d'exigència" va ser aplicada per l'òrgan de contractació al marge de la informació que constava publicada a l'anunci de licitació del contracte. Extrem que podia repercutir negativament a la concurrència i a la competència doncs si s'hagués donat publicitat als criteris d'interpretació emprats per l'òrgan de contractació s'hauria pogut promoure la concurrència al procés de contractació. De manera que, per exemple d'haver-se sabut que l'òrgan de contractació equipararia el requisit de "**haver elaborat més de 50 contractes**" a haver participat en la seva elaboració amb una simple "assessorament oral" resulta del tot previsible que s'hagués ampliat el número d'empreses que podien complir el referit requisit i per tant el número d'empreses que podrien participar en la dita contractació.

o Manca de determinació en els plecs dels mitjans o elements, o documentació necessària per acreditar els citats requisits. Únicament consta que durant la sessió informativa del contracte, celebrada en data XX de XXX de XX, i a preguntes dels assistents: "Com es pot acreditar? *"haver elaborat més de 50 contractes de serveis -- durant els darrers 3 anys d'import mínim de 100.000 euros per contracte"* i *"disposar de DDD amb més d'un any d'experiència en algun*

projecte actiu", l'òrgan de contractació respon, respectivament, "(l'òrgan de contractació) pot requerir si ho considera el detall del llistat de contractes" i "(l'òrgan de contractació) pot requerir si ho considera el detall de DDD" que l'acreditació dels requisits es realitza.

o Reiteració en altres contractes, de la mateixa mecànica que al contracte objecte d'aquesta recomanació. Efectivament també en altres contractes consta la participació de XXX en:

- la preparació de l'expedient de contractació segons es va poder constatar arrel del rastre dels assentaments del programa informàtic a l'efecte,
- la preparació de l'expedient de pròrroga, atenent que el propi XXX reconeix la seva participació a l'incorporar aquest expedient, dins del llistat de contractes que va aportar per justificar el compliment del requisit d'haver elaborat més de 50 contractes de serveis ... en l'administració pública durant els darrers 3 anys d'import mínim de 100.000 euros, exigit pels plecs del contracte objecte d'aquesta recomanació per posteriorment ser subcontractat per l'empresa adjudicatària per desenvolupar el perfil de responsable del contracte en el període de pròrroga del contracte.

Cal dir que també en aquest cas l'empresa que va resultar adjudicatària va ser la mateixa el contracte objecte d'aquesta recomanació.

En la fase de licitació de l'expedient de contractació

A la vista de l'anàlisi de l'expedient administratiu de la contractació es constata que:

- La mateixa Mesa de Contractació, va acordar requerir al Director/a YYY a fi de que informés de l'abast de la participació en la tramitació del procediment contractual de la persona proposada com a subcontractista i que procedís així mateix a donar tràmit d'audiència al subcontractista per tal que acredités que aquesta circumstància no tenia com a efecte situacions de conflicte d'interessos ni de falsejament de la competència o de tracte privilegiat.
- El/la Director/a YY i el/la Sr/sra XXX van prestar declaració per escrit.
- Les referides declaracions van ser fonamentals a l'hora que la Mesa finalment descartés l'existència de conflicte d'interès i acordés admetre les ofertes de les empreses licitadores i continuar amb el procediment d'adjudicació.
- Van existir contradiccions substancials entre les declaracions prestades realitzades pel XXX, i les del pel/per el/la Director de la Direcció YYY, en relació a l'abast de la participació de XXX en l'elaboració dels plecs de l'expedient de contractació objecte d'aquesta i les evidències que mostra el sistema informàtic de registre intern.

- Però a més les referenciades declaracions també presenten contradiccions amb la relació de contractes menors subscrits per la Direcció de YYY i amb la data de publicació de l'anunci de la licitació del present contracte.
- Possible conflicte d'interès de l'òrgan de contractació en el procés de l'expedient de contractació.

En la fase de supervisió de la documentació aportada per l'òrgan de contractació

Es va constatar:

- o Manca d'acreditació dels requisits exigits pel perfil FFF
- o Manca de supervisió i comprovació efectiva per part de l'òrgan gestor de la contractació del llistat de contractes aportat per l'empresa adjudicatària per justificar que XXX complia el requisit exigint pel perfil FFF.

Segons els informes evacuats per l'òrgan de contractació en resposta als requeriments d'informació sol·licitats per aquesta Direcció d'Anàlisi, en relació a quina era l'activitat de comprovació realitzada per l'òrgan de contractació respecte als contractes que figuraven en la citada llista i en quina documentació s'havia basat per tenir per acreditat el compliment dels dits requisits, l'òrgan de contractació els va donar per vàlids simplement perquè la Direcció YYY tenia coneixement de la participació de XXX en l'elaboració de la documentació contractual, afegint que *"tots els contractes corresponien a contractes de l'òrgan de contractació i que, per tant, el coneixement de la participació de XXX havia estat per coneixement directe. No disposem d'acreditació documental de les tasques explícitament realitzades ja que com s'ha informat en relació al concepte d'haver elaborat aquestes tasques podien ser des d'un assessorament oral, la redacció d'una part de les prescripcions tècniques i/o ... una recepció documental formal dels treballs realitzats"*.

No consta en conseqüència a l'expedient de contractació cap certificació a tal efecte, ni informació de com s'ha obtingut aquest coneixement, ni l'abast ni el contingut de la participació de XXX en els mateixos.

- o Només s'ha pogut acreditar amb dades objectives la participació de XXX en 16 contractes, dels més de 50 contractes exigits en el perfil FFF i donats per acreditats per part de l'òrgan de contractació, així com que 45 dels 50 contractes eren impulsats des del mateix òrgan promotor del contracte objecte de la recomanació, la Direcció YYY.
- o El propi contracte objecte de la comunicació que dona origen a les presents diligències, va

ser inclòs per XXX dins del llistat de contractes al·legats per justificar que complia el requisit d' *"haver elaborat més de 50 contractes de serveis..."*.

o No consta documentació acreditativa relativa a la vinculació contractual formal de XXX (ja sigui amb empresa contractista o amb administració pública mitjançant contractació menor) per desenvolupar les tasques d'alguns dels contractes que consten a la relació aportada per les licitadores per justificar que XXX complia el requisit d'haver *"elaborat més de 50 contractes de serveis ... durant els darrers 3 anys d'import mínim de 100.000 euros"* exigint pel perfil FFF.

o XXX comptava amb una adreça de correu corporativa de l'Ajuntament de Barcelona. Aquest correu va ser donat d'alta en el directori actiu l'11 de juny de 2012 i ha disposat d'ella de manera continuada (fins al moment de la redacció d'aquesta recomanació, en el que encara figura activa), amb una aturada del servei d'un mes i escaig. No s'ha trobat instrument jurídic formal (contracte mercantil o subcontracte a través d'altres empreses) que, d'acord amb la instrucció interna de l'institut de 18 de gener de 2015, justifiqui alguns d'aquests períodes. Això d'acord amb la informació aportada per l'òrgan de contractació i la Direcció d'Intervenció General en relació als contractes adjudicats directament o mitjançant subcontractació a XXX.

Per una altra banda s'ha de dir que segons l'informe, de data XX de març de 2019, evacuat pel Cap del Departament LLL, a requeriment de la Direcció d'Anàlisi, consta que la mencionada instrucció va ser remesa *"sense que s'hagi pogut documentar la seva aprovació per part dels òrgans directius ... en el seu moment"*

o Desconeixement per part de l'Institut municipal de l'existència d'una *"classificació definida per a cadascuna de les persones externes"*

D'acord amb la informació proporcionada per l'institut municipal no es disposa d'una classificació definida per a cadascuna de les persones externes. Tanmateix afirmen que a la vista dels contractes que han vinculat XXX (directament o com a subcontractat) la seva participació es podria situar o bé com a personal tipus A o B1. Classificació A o B1 que comporta, segons la mencionada instrucció, conseqüències i requisits diferents. Així, en aquest últim cas seria personal tècnic que executa projectes o que presta serveis in situ i que realitza les activitats al locals de l'institut municipal. Circumstància que seria compatible amb el contingut de la comunicació que dona origen a la present investigació.

En atenció als fets exposats, així com de la seva anàlisi, l'òrgan gestor de la Bústia ètica va recomanar, extracte del qual consta en la memòria 2018-2019:

RECOMANA

I. RESPECTE ALS FETS CONCRETS OBJECTE DE RECOMANACIÓ:

a) Es proposa la profunda revisió i anàlisi dels expedients de contractació vigents impulsats per la Direcció YYY i en els quals hagi intervingut XXX als efectes de verificar si aquests s'ajusten a la normativa vigent, comprovant, especialment la seva justificació, la vinculació contractual de XXX amb els contractes, i amb especial atenció a possibles conflictes d'interès així com la possible relació o intervenció que en els mateixos hagi pogut tenir la Direcció YYY ja sigui en el desenvolupament de qualsevol altre tipus de funcions dintre o fora de l'institut municipal. Així mateix seria convenient a la vista de l'objecte del contracte menor nº ---, la comprovació de si la prestació objecte dels contractes menors adjudicats a XXX es va realitzar efectivament d'acord a l'objecte dels mateixos i si la prestació econòmica estipulada i satisfeta era proporcional a l'encàrrec fet.

Així mateix es recomana el control de l'execució dels contractes menors, i si aquests responen a les necessitats real de l'administració pública que, en l'exercici de les seves respectives competències, i en relació a les irregularitats detectades, així com de les que puguin derivar-se de les auditories que a tal efecte pugin portar-se a terme, procedeixin a adoptar les mesures pertinents per la seva subsanació valorant la seva transcendència en relació amb la vigència del contracte per si poguessin ser constitutives, a tenor del que disposa la normativa reguladora de la contractació pública, de causa d'anul·labilitat o nul·lilitat;

2. Donar trasllat als òrgans competents en matèria disciplinària als efectes de depurar possibles responsabilitats en tal sentit.

3. A la vista de la naturalesa de les irregularitats descrites en el cos de la present recomanació es dona trasllat a la Direcció de Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona interessant que s'evacui informe en relació a la possible transcendència penal del fets consignats en aquesta Recomanació (del resultat del qual es sol·licita que es remeti còpia a aquesta Direcció Anàlisi) i, en el seu cas, es posin els fets en coneixement del Ministeri Fiscal de conformitat amb el que disposa l'art. 262 de la L.E.Crim. en relació amb l'art. 5 de la Llei 50/1981, de 30 de desembre, que regula l'Estatut Orgànic del Ministeri Fiscal previ Decret d'Alcaldia habilitant segons art 13.1 k de la Llei 22/1998, de la Carta Municipal de Barcelona. A tal efecte i sense perjudici de que el fets poguessin ser constitutius d'altres infraccions penals o del que pogués resultar de posteriors investigacions o d'una possible instrucció ens cenyirem aquí, en la possible concurrència d'un delictes de falsedat de l'article 390 i següents del Codi Penal en el que poguessin ser subsumibles les contradiccions substancials detectades

entre les declaracions realitzades pel XXX i pel/per la Director/a de YYY, en relació a l'abast de la participació del primer en l'elaboració dels plecs de l'expedient de contractació objecte d'aquesta recomanació, i les evidències que, entre d'altres, mostra el sistema informàtic de registre intern municipal. Declaracions que, cal recordar, van ser evacuades a instàncies de la Mesa de contractació, a l'empara de l'article 64 de la Llei de Contractes del sector Públic, quan aquesta va detectar un risc de conflicte d'interès i de falsejament de la competència ja que aquesta havia tingut coneixement de la participació de XXX en l'elaboració del contracte i a més totes dues úniques empreses licitadores presentaven a la mateixa persona per subcontractar les tasques de FFF exigida pels plecs, persona que era, precisament: XXX. Declaracions que van resultar d'enorme transcendència pel procediment de contractació ja que el seu contingut va resultar definitiu perquè la Mesa de Contractació acordés l'admissió de les ofertes de les empreses licitadores i la continuació del procediment d'adjudicació.

Aprofundint en el que s'ha dit, s'ha de reiterar de nou que a més de les contradiccions detectades amb la informació que dona el rastre del programa informàtic, les declaracions del/de la Director/a YYY i XXX pequen d'una altra contradicció ... Cal portar a col·lació aquí respecte a la transcendència de la possible falsedat o contradicció amb la realitat, per totes, la Sentència del Tribunal Suprem núm. 214/2018, de 8 maig al establir "... Se trata de un documento que en la redacción original hubiera supuesto la expulsión de la mesa de contratación, así lo afirma el relato fáctico, y que es a partir de la modificación interesada y la alteración del documento, lo que posibilitó que formaba parte de la contratación evitando lo que hubiera sido procedente la expulsión del proceso de adjudicación..."

Així mateix, i en la línia apuntada, es posa de relleu a continuació la naturalesa de la "relació" detectada entre XXX i el/la Director/a quant a la que sembla una vinculació de feia anys i gairebé d'"exclusivitat" i com XXX apareixia contractat prestant serveis a l'institut municipal a través de contractes menors (o bé subcontractat per empreses que havien resultat adjudicatàries de contractes vinculats d'alguna manera a XXX o a la Direcció YYY, i en l'elaboració, al menys en alguns dels quals existeixen indicis que va participar aquell. Això per si els fets poguessin ser constitutius entre d'altres d'un presumpte delictes de prevaricació de l'article 404 del Codi Penal, o de tràfic d'influències, malversació (fent especial menció aquí a la necessitat de que l'objecte del contracte es correspongui a necessitats reals de l'administració i a la realitat de la seva execució), frau a la contractació pública de l'article 436 i ss. del Codi Penal; negociacions prohibides als funcionaris públics de l'article 439 o d'alteració de preus en concursos públics de l'article 262 del dit cos normatiu. Remetent-nos aquí a l'article 24 del Codi penal en quan al concepte de funcionari públic.

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

5. En base al principi de col·laboració institucional, al que disposa la Llei de la Competència 15/2007, de 3 de juliol, de Defensa de la Competència i en resposta a les seves comunicacions de 10 d'octubre i de 29 d'octubre de 2019, es doni trasllat a l'Agència Catalana de la Competència per si la informació continguda en la present recomanació pogués ser rellevant als efectes del seu expedient DI 50/2019.

6. Així mateix, al tenir coneixement de que l'Oficina d'Antifrau de Catalunya està coneixent els fets, es doni trasllat de la present recomanació i de la documentació a ella adjunta per si fos rellevant per la seva instrucció, en base al principi de col·laboració institucional i el marc del conveni de col·laboració subscrit entre l'Ajuntament de Barcelona i la dita Oficina el 17 de setembre de 2018.

II. ADOPCIÓ DE MESURES PER FUTURES LICITACIONS:

1.- Delimitació, concreció i motivació dels requisits de solvència

El principi d'igualtat, transparència 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.

L'aplicació d'aquest principi, en la fase de solvència, és de gran importància pràctica, perquè les exigències de solvència es conformen com un requisit o condició "sine qua non" 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, com succeeix en el present cas.

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

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."

De conformitat amb 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 aquella

persigueu”.

En resum, un límit infranquejable a la discrecionalitat tècnica és que no es desvirtuïn 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, es recorda que tot procediment de licitació ha de generar la concurrència entre les empreses. en el cas concret s'ha constatat que només dues empreses van presentar-se a la licitació i que a més totes dues van subcontractar el perfil de consultor de contractació pública designant a una mateixa persona.

Cal tenir en compte que els mitjans per acreditar la solvència dels contractes es realitzen mitjançant l'aportació dels documents que es determinen per l'òrgan de contractació en els plecs dels respectius contractes d'acord amb els articles 87 a 91 LCSP, però en els plecs del contracte, objecte d'aquesta recomanació, no hi ha una precisió sobre aquest extrem. Aquesta manca de concreció es posa de manifest durant la sessió informativa del contracte celebrada en data XX de XX de XX quan a preguntes de com s'ha acreditava l'elaboració de més de 50 contractes, es va contestar per l'òrgan contractant que "...pot requerir si ho considera el detall del llistat de contractes": Per tant, des de l'òrgan de contractació s'observa una laxa exigència en relació a l'acreditació dels requisits exigits en els plecs, que ha comportat a la pràctica la manca d'acreditació fefaent de que XXX "hagi elaborat més de 50 contractes de serveis ..." i la reinterpretació a posteriori i a preguntes de la Direcció d'Anàlisi per l'òrgan de contractació del concepte "elaborar" per "participar" inclús amb simples assessoraments puntuals, inclús orals, afegint més laxitud en l'acreditació dels requisits per l'empresa adjudicatària, quan per les empreses licitadores resultaven ser uns requisits exigents i exclusius del procediment de contractació.

2.- Fomentar i ampliar la transparència per garantir la informació i participació del més ampli nombre d'operadors.

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

En matèria de contractació pública, el principi de transparència ha estat regulat pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE, de 16 de setembre de 2013) en relació

a la seva vinculació al principi d'igualtat, resultant que el principi de transparència és considerat el corollari del principi d'igualtat.

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

La transparència es dona compliment amb la publicació en el perfil del contractant de la documentació necessària per presentar-se a una licitació, i així està establert en l'art. 63 de la LCSP, que és del següent tenor:

"3. En el cas de la informació relativa als contractes, s'ha de publicar almenys la informació següent:

a) La memòria justificativa del contracte, l'informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis, la justificació del procediment utilitzat per a la seva adjudicació quan s'utilitzi un procediment diferent de l'obert o del restringit, el plec de clàusules administratives particulars i el de prescripcions tècniques que hagin de regir el contracte o documents equivalents, si s'escau, i el document d'aprovació de l'expedient."

En el present cas, cal referir-se tant a la memòria justificativa del contracte com a l'informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contracte de serveis atès que:

- En el primer manca, la justificació dels criteris de solvència emprats com la seva proporcionalitat, d'acord amb allò establert a l'art. 76.3 de la LCSP (3. L'adscripció dels mitjans personals o materials com a requisits de solvència addicionals a la classificació del contractista ha de ser raonable, justificada i proporcional a l'entitat i les característiques del contracte, de manera que no limiti la participació de les empreses en la licitació).

- En el segon, no hi ha una justificació o informe d'insuficiència de mitjans en el cas de contractes de serveis, només el literal "L'òrgan de contractació no disposa en aquests moments de la possibilitat de dedicar els recursos humans propis a les funcions abans esmentades ...",

malgrat que la sessió informativa del contracte núm. XXX de data XX es va respondre que: "actualment ja existeix una oficina que es gestiona de manera interna per part de l'òrgan de contractació".

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 considera convenient recomanar que es deixi per constància en l'expedient de contractació de quines han sigut les persones i membres del seu personal (inter 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.

Aquest informe, i atenent al literal de l'art. 63.3 que indica uns mínims respecte a la informació que s'hauria de publicar seria convenient que l'òrgan de contractació la publiqués 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, màxime quan a l'institut municipal gran part d'aquesta informació obra registrada en un sistema informàtic intern, al qual no es té accés extern.

3.- Dotació de pràctiques i procediments per combatre les pràctiques anticompetitives que puguin sorgir en el procediment de contractació.

L'obligació de salvaguardar la lliure competència es troba anunciada en l'exposició de motius de LCS, i posteriorment en la seva part dispositiva es regula a l'art. 1 i a l'art. 132 LCSP.

Concretament, en l'apartat 2 d'aquest s'indica que *"la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios"*.

En aquesta línia els poders adjudicadors estan obligats a observar i vetllar per l'observança dels principis 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'indicis que puguin revelar la

presència d'actuacions anticompetitives entre les empreses licitadores.

En el cas concret, existeixen indicis en el programa informàtic municipal que XXX va dissenyar els seus propis requisits com a perfil DDD en el moment de l'elaboració dels plecs, i va establir els seus honoraris; per posteriorment desenvolupar aquest perfil en l'empresa adjudicatària.

En aquest sentit col·locem la conclusió a la que arriba l'Autoritat Catalana de la Competència analitzant únicament l'expedient administratiu de contractació (doncs de la mateixa no s'extreu que hagi comptat amb més informació).

4.- Recomposició de les meses de contractació

La LCSP incorpora un redactat en relació a la composició de les meses de contractació, concretament l'art. 326.5 regula 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 aquesta Disposició Addicional segona al·ludeix expressament a les competències en matèria de contractació en les entitats locals. Sobre aquesta matèria, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat s'ha pronunciat en el seu expedient 96/2018 en considerar que: "*La DA 2ª no menciona esta limitación en el caso de la mesa, aunque sí lo hace para el comité de expertos. Por tanto, cabe colegir que el legislador, consciente de la diferencia entre la regulación general y la aplicable específicamente a las entidades locales, ha manifestado ser esta su voluntad, de modo que la redacción de los pliegos técnicos no opera como una limitación a la composición de la mesa en el caso de los municipios. Por el contrario, sí existe una prohibición concreta en el caso del comité de expertos*".

En qualsevol cas, i com així s'expressa en l'informe 3/2018 i 96/2018 de la Junta Consultiva de contractació pública de l'Estat en relació amb l'objectiu de l'art. 326 LCSP: "*(Del precepto) se deduce la voluntad inequívoca del legislador de restringir la participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de en un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa*".

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

No obstant, sí hi ha discussió doctrinal és 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 de l'informe "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.

Des d'aquesta Direcció de Serveis d'Anàlisi i atenent a l'esperit i l'objectiu que persegueix l'art. 326.5 de la LCSP, a la dimensió organitzativa d'un ajuntament com és el de Barcelona, i a l'existència d'un evident risc de conflicte d'interès, es recomana la limitació per ser membres de la mesa de contractació d'aquelles persones que han intervingut en la redacció de la documentació tècnica, es recomana novament que es deixi constància en l'expedient de contractació de quins han sigut els membres del seu personal (intern o extern) que han participat efectivament en la redacció dels plecs

tècnics i qualsevol altra documentació tècnica, per garantir i enfortir la transparència i la seguretat jurídica en la contractació pública.

5.- Incrementar la qualitat del procés decisor en matèria de contractació pública

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, permetrà obtenir la rendició de comptes.

Doncs bé, considerem que aquestes males pràctiques s'arrelen en aquest procés decisor, perquè és on es poden adoptar les decisions incorrectes, i per tant, produir els abusos de poder. Cal aprofundir en aquesta nova manera d'enfocar el procés decisor en l'expedient de contractació, i procedir a la seva reconfiguració.

6.- Formació al personal municipal que intervé en els expedients de contractació respecte les mesures a aplicar per donar compliment als principis aplicables en la contractació.

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

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

a) En tot cas han d'estar vinculats a l'objecte del contracte, en el sentit que expressa l'apartat següent d'aquest article.

b) S'han de formular de manera objectiva, amb ple respecte als principis d'igualtat, no

discriminació, transparència i proporcionalitat, i no han de conferir a l'òrgan de contractació una llibertat de decisió il·limitada.

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

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

En aquest sentit també es recomana que en matèria de conflicte d'interès es verifiquin 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.

Per sintetitzar, de manera esquemàtica les propostes de millora serien dirigides a la necessitat d'incrementar la qualitat del procés decisor i en matèria de contractació pública, dissenyant un procediment adequat amb una reconfiguració dels òrgans intervinents apropiada i imposant una carga de justificació/motivació precisa, així com unes obligacions de publicitat i transparència el més àmplies possibles.

Com s'ha exposat es donarà trasllat d'aquest informe a la Intervenció General, a la Secretaria General, als Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona i a la Gerència d'Àrea Agenda 2030, Transició Digital i Esports, en l'exercici de l'àmbit de les seves respectives competències, així com al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona.

També es donarà trasllat a l'Oficina d'Antifrau de Catalunya i a l'Autoritat Catalana de la Competència en l'àmbit de col·laboració interadministrativa i demés raonaments abans al·legats. De conformitat amb la normativa de la Bústia ètica s'informarà a la persona comunicant de la finalització de les diligències d'investigació i del resultat de les actuacions en els termes establerts en les referides normes reguladores

SEGUIMENT DE LA RECOMANACIÓ

Atès el cos de la recomanació, es va donar trasllat d'aquesta recomanació a la Intervenció General, a la Secretaria General, els Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona i a la Gerència d'Àrea Agenda 2030, Transició Digital i Esports, en l'exercici de l'àmbit de les seves respectives competències, així com al Comitè d'Ètica de l'Ajuntament de Barcelona. També es donà trasllat a l'Oficina d'Antifrau de Catalunya i a l'Autoritat Catalana de la Competència en l'àmbit de col·laboració interadministrativa i demés raonaments.

En aquests moments, la Direcció del Servei d'Anàlisi resta a l'espera dels resultats.