

RECOMENDACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

RECOMENDACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

I. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

PRINCIPIO DE INTEGRIDAD

El artículo 1 de la LCSP regula los principios de la contratación pública, concretamente en el art. 1.1 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 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 destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa"*.

A diferencia del art. 1.1 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el vigente art. 1.1 incorpora como nuevo principio de aplicación la **integridad**. Este principio persigue garantizar la coherencia y la rectitud de la actuación de los cargos y empleados públicos con los valores, principios y normas que guían su actividad y la orientación a las finalidades públicas evitando cualquier influencia indebida de intereses personales en las decisiones políticas que suponga una desviación del interés general.

Esencialmente, la integridad recoge las políticas dirigidas a prevenir las circunstancias generadoras de las situaciones de riesgo, conflictos de intereses, en la actuación de la administración pública y una herramienta para evitar las prácticas de corrupción.

La integridad se consolida, por tanto, en la LCSP, como un principio de la contratación pública que debe inspirar todo el proceso, desde su fase inicial hasta la ejecución del contrato, mediante cuatro pilares, de conformidad con la doctrina jurídica: la transparencia, la buena gestión, la prevención de malas conductas y los conflictos de interés así como el control y la rendición de cuentas.

a) Transparencia

La transparencia es uno de los ejes claves en este cambio de cultura que establece nuevas formas de relación entre la Administración y la ciudadanía.

De acuerdo con el art. 2.a) de la Ley 19/2014 de 29 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), la transparencia se define como *"la acción proactiva de la Administración de dar a conocer la información relativa a sus ámbitos de actuación y sus obligaciones, con carácter permanente y actualizado, de la forma que resulte más comprensible para las personas y mediante los instrumentos de difusión que les permitan un amplio y fácil acceso a los datos y faciliten la participación en los asuntos públicos"*.

Esta regulación entiende la transparencia como una obligación a cargo de la Administración, que debe facilitar de manera proactiva, -es decir, sin necesidad de demanda expresa- la información sobre datos y contenidos de diversa naturaleza que son referenciales respecto de su organización, funcionamiento, toma de decisiones más importantes y la gestión de los recursos públicos.

La gestión transparente de la contratación pública, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y más profesionalizada.

b) La expresión buen gobierno o buena administración

Es entendida como la administración honesta y recta de la gestión pública, que ha obtenido el rango legislativo con la entrada en vigor de la LTBG, y se contempla como un conjunto de principios de actuación que persigue reforzar el comportamiento ético de las autoridades públicas. El art. 2 d) de la LTBG define el buen gobierno como *"los principios, las obligaciones y las reglas sobre la calidad de los servicios y el funcionamiento de la Administración, y los principios éticos y las buenas prácticas de acuerdo con los que deben actuar los altos cargos de la Administración, los cargos directivos y demás personal al servicio de la Administración, con el objetivo de que ésta funcione con la máxima transparencia, calidad y equidad, y con garantía de rendición de cuentas."*

Las medidas legales establecidas en favor de la integridad y el buen gobierno buscan la garantía de que las decisiones públicas sean acordes con el ordenamiento jurídico, directamente dirigidas a la preservación de los intereses generales y la evitación de un aprovechamiento fraudulento para los intereses privados en el contexto de las tomas de decisiones.

En la medida en que la corrupción tiene una de sus principales fuentes en la mala administración relacionada con la gestión de los recursos públicos y en especial con la contratación pública, establecer medidas destinadas a prevenir o evitar las malas prácticas (la opacidad, abuso de las adjudicaciones, la influencia de intereses privados, parcialidad, falta de motivación, pliegos hechos a medida por alguno de los candidatos) es una tarea esencial en la administración pública.

c) Resolución de las situaciones de conflicto de interés

Los conflictos de interés pueden constituir un riesgo para los principios clave de la organización administrativa: imparcialidad y objetividad de los servidores públicos, el de integridad y de confianza pública.

Se distinguen tres tipos de conflicto de interés: el conflicto de interés real, el potencial y el aparente (mencionado expresamente en el art. 64 LCSP). Así:

- El conflicto de interés es real si la persona tiene un interés particular en relación con un determinado juicio o discernimiento profesional y se encuentra ya efectivamente en una situación en la que tiene la obligación de ofrecer este juicio.
- Un conflicto de interés es potencial si la persona tiene un interés particular que podría influir a la hora de hacer un juicio profesional desde la posición o cargo que ocupa, pero todavía no se encuentra en una situación en la que se haya de ofrecer este discernimiento.
- Un conflicto de interés es meramente aparente cuando, en realidad, la persona no tiene un verdadero conflicto de interés -ni real, ni potencial- pero alguien podría llegar a concluir, de forma razonable, de que sí lo tiene. Sabemos que un conflicto de interés es aparente cuando se resuelve simplemente ofreciendo toda la información necesaria para demostrar que no hay ningún conflicto de interés, ni real ni potencial.

d) Responsabilidad de las autoridades y empleados públicos

También conocido con el término *accountability*, centrada en la rendición de cuentas y el control en relación con las prácticas derivadas de la contratación pública y de otros ámbitos de actividad administrativa. A diferencia de los conflictos de interés que operan fundamentalmente como mecanismo preventivo de la corrupción, y por tanto, ex ante, la rendición de cuentas despliega sus efectos a posteriori, para controlar el objetivo de la integridad.

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO DE LOS LICITADORES Y LIBRE COMPETENCIA

El principio de igualdad, y libre competencia se encuentran regulados en el art. 132 LCSP en el que se especifica que: "*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*".

La LCSP expone, en su art. 132.2, que *"La contratación no será 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 determinados empresarios"*.

Finalmente, se recoge en el art. 132.3 del citado cuerpo normativo que: *"Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia"*.

De este articulado se desprende que el principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una licitación, sino también que los órganos de contratación deben adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de esta actividad durante todo el procedimiento de contratación.

El principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstos están sometidas a las mismas condiciones para todos los licitadores. Es por ello que el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria, y evitar la práctica de redes clientelares (STJUE de 16 de septiembre de 2013).

Por otra parte la obligación de salvaguardar la libre competencia se encuentra recogida en la exposición de motivos de LCS, legislación vigente en ese momento, y que en su parte dispositiva se regula en el art. 1 y en referido art. 132 LCSP.

En esta línea, los poderes adjudicadores están obligados a observar y velar por el cumplimiento de los principios competitivos tanto en el diseño como en el desarrollo de sus procedimientos de contratación, a fin de que permita que los operadores económicos interesados en participar en el procedimiento de contratación accedan a las licitaciones en condiciones de plena competencia. Razón por la cual el poder adjudicador deberá estar continuamente en vigilancia ante la aparición de indicios que pudieran revelar la presencia de prácticas anticompetitivas entre las empresas licitadoras.

RECOMIENDA

Que se dote de un instrumento eficaz para poder analizar la actuación de las empresas licitadoras respecto a la contratación pública municipal con el objetivo de identificar posibles irregularidades o prácticas susceptibles de incurrir en competencia desleal por parte de las mismas.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

La aplicación efectiva de los principios de transparencia permite una gestión más eficiente y transparente de los fondos públicos compatible con el derecho a una buena administración y a la cultura de una buena gobernanza.

En materia de contratación pública, el principio de transparencia ha sido regulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 16 de septiembre de 2013) en relación a su vinculación al principio de igualdad, resultando que dicho principio es considerado el corolario del principio de igualdad.

La transparencia se cumple con la publicación, en el perfil del contratante, de la documentación necesaria para presentarse a una licitación, y así está establecido en el art. 63 de la LCSP: "3. *En el caso de la información relativa a los contratos, se deberá publicar al menos la siguiente información: a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.*"

En otro orden de consideraciones, de acuerdo con el Informe 3/2018, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con el objeto de reforzar la finalidad de la norma, consideró conveniente recomendar que se dejase constancia en el expediente de contratación de quienes han sido las personas y miembros de su personal (interno o externo) que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos. Entendiendo que la participación engloba tanto la intervención efectiva en la confección de los pliegos y documentación técnica, como la realización de instrucciones u observaciones de obligado cumplimiento concreto en los pliegos.

RECOMIENDA

De acuerdo con el art. 63.3 de la LCSP citado, que indica unos mínimos respecto a la información que debería ser publicada, es necesario que el órgano gestor de la contratación la publique a fin de reforzar la transparencia y seguridad de la contratación pública y evitar los conflictos de interés en la actuación de los miembros de la mesa.

PROCESO DECISORIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: ZONA DE RIESGO DE PRÁCTICAS FRAUDULENTAS

En el ámbito de la contratación pública, la normativa permite espacios en los que la discrecionalidad administrativa es pertinente y necesaria, y por tanto se reconoce un margen de apreciación que se consigue mediante un proceso decisorio, que tenga en consideración las especificidades de las funciones de los diferentes órganos, y mediante una aplicación efectiva de la normativa, que facilitará la rendición de cuentas.

RECOMIENDA

Recuerda que el riesgo de posibles malas prácticas puede hallarse en este proceso decisorio, pues es donde pueden adoptarse las decisiones incorrectas, y por tanto, producir los abusos de poder. Se debe profundizar en esta nueva forma de enfocar el proceso decisorio en el expediente de contratación, y proceder a su reconfiguración.

SITUACIONES DE CONFLICTO DE INTERÉS

- A) Normativa de aplicación de los hechos objeto de la comunicación: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)²²

La Directiva 2014/24, en su art. 24, regula específicamente los conflictos de interés, refiriéndose a situaciones de conflicto de interés real, potencial o percibidas que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador de contratación pública aunque no participen oficialmente.

Los conflictos de interés reales, posibles o percibidos tienen un elevado potencial para influir indebidamente las decisiones de contratación pública, y poner en peligro el principio de igualdad de trato de los licitadores, *"que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, y obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e involucra, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores (STJUE de 12 de marzo de 2015)"*.

Al respecto nos remitimos al apartado 114 y 115 de la Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2013 en el que se especifica que:

²² Por ser la normativa vigente aplicable a los hechos comunicados

"114: Según la jurisprudencia, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitaciones en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. A este respecto, el conflicto de intereses rompe la igualdad de trato entre los candidatos y la igualdad de oportunidades entre los licitadores (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Fabricom, [C-21/03 y C-34/03](#), [Rec. p. I-1559](#), apartados 29 y 30, y sentencia del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants Y OTROS / Comisión, [T-160/03](#), [Rec. p. II-981](#), Apartado 74)."

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

En esta misma línea, la Sentencia del TSJUE de 12 de marzo de 2015 establece que:

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

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

En los términos establecidos en la STJUE de 12 de marzo de 2015, frente a esta situación expuesta de conflicto de interés son instrumentos básicos la transparencia y la actuación del poder adjudicador:

- La obligación de transparencia tiene esencialmente como objetivo garantizar que no existe ningún riesgo de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador.
- La obligación del poder adjudicador de comprobar la existencia de eventuales conflictos de interés y adoptar las medidas adecuadas para prevenir, dictar y resolverlos.

En esta línea se expresa el Considerando 16 de la Directiva 2014/24 / UE "Los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses".

RECOMIENDA

En futuras contrataciones públicas, sería procedente que:

- el órgano de contratación arbitrara los mecanismos adecuados para resolver o mitigar la situación de conflicto de interés detectada.
- el órgano de contratación incrementara la motivación precisa en el proceso decisional en los expedientes de contratación a fin de minimizar los riesgos de incurrir en situaciones de conflictos de interés.
- un proceso de capacitación para formar al personal municipal en resolución de situaciones complejas de contratación pública y concienciar de posibles riesgos para la integridad.

- B) Normativa de aplicación a los hechos objeto de la comunicación: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por el 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 2014²³.

El art.64 de la LCSP, con el título de Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, dispone que:

"1. Los órganos de contratación deberán 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.

2. 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.

²³ Por ser la normativa vigente aplicable a los hechos comunicados

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación."

Se debe remarcar como la propia LCSP, a través del mencionado precepto, incluye, precisamente, incluso el concepto de conflicto de interés aparente.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) define el conflicto de intereses como: *"El conflicto de intereses de los responsables públicos es un conflicto entre obligaciones públicas e interés privado que puede indebidamente influir en el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades"*.

En esta línea, la Oficina de Antifraude de Cataluña (en adelante OAC), define el conflicto de interés como *"la situación de riesgo en que el interés particular de una persona podría interferir con el ejercicio adecuado de su discernimiento profesional en nombre de otra, que, legítimamente, confía en ese juicio"*.

Debido a que el conflicto de interés es aquella situación donde concurre un interés particular que podría llegar a influir en su imparcialidad y objetividad, y por tanto, confronta el deber profesional con el interés particular, debe reunir los siguientes requisitos:

- Ha de ejercer su juicio o discernimiento profesional
- Para -o en nombre de- otra persona que legítimamente confía en su juicio
- Y tiene un interés particular (personal o profesional), que podría interferir en el adecuado ejercicio de su responsabilidad profesional

Procede también referenciar la definición de conflicto de interés que regula **el art. 8 del Código ético y de buena conducta del Ayuntamiento de Barcelona**: *"se entiende que existe, o puede existir, conflicto de interés cuando concurren intereses públicos y privados de tal manera que pueden afectar negativamente al ejercicio de las funciones públicas de manera independiente, objetiva, imparcial y honesta."*

El conflicto de interés surge cuando las personas sujetas a este Código adoptan decisiones vinculadas al Ayuntamiento que afectan a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o perjuicio a éstos.

Se consideran intereses personales los siguientes:

- a) Los intereses propios
- b) Los intereses familiares, incluidos los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, y los de los familiares de cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad
- c) Los de las personas con quienes tengan una cuestión litigiosa pendiente
- d) Los de las personas con quienes tengan amistad íntima o enemistad manifiesta
- e) Los de las personas jurídicas o entidades privadas a las que las personas destinatarias del Código hayan estado vinculados por una relación laboral o profesional en los dos años anteriores al nombramiento

f) Los de las personas jurídicas con ánimo de lucro o sin este o entidades privadas a las que los familiares de la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional, siempre que esta implique ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración."

Respecto al caso concreto, nos remitimos a un posible **conflicto de interés del/la Sr/a. XXX, atendiendo que éste/a es un miembro de la mesa de contratación que ha firmado y participado en la redacción de la documentación técnica del contrato.**

Concretamente, respecto a la existencia de un interés particular o profesional y dado su claridad nos remitimos a la literalidad de lo expresado en el documento "*La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*", emitido por la Oficina de Antifraude de Cataluña en 2016:

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

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

RECOMIENDA

Que se dé traslado al Comité de Ética por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del Código Ético en materia de contratación pública y en especial en lo que se refiere al conflicto de interés.

PROFESIONALIZACIÓN Y FORMACIÓN AL PERSONAL MUNICIPAL QUE INTERVIENE EN LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

La profesionalización y/o formación del personal que diseña, tramita y realiza el seguimiento de la ejecución de los expedientes de contratación es imprescindible para que su actuación se realice respetando los principios de la contratación pública establecidos en el art. 1 LCSP. En especial, para este caso concreto, deben tener la suficiente información y formación para elaborar pliegos de prescripciones técnicas que eviten cláusulas que limiten la concurrencia de otros licitadores, y se proceda a la materialización del principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que comporta.

En este sentido, el art. 145.5 LCSP precisa que “5. 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”.

Una gestión más exhaustiva de los conflictos de interés otorga a la mesa de contratación de las suficientes herramientas, no sólo en la detección de la existencia de un verdadero conflicto de interés, sino también en su evaluación y resolución eficaz del mismo.

RECOMIENDA

- Una mayor especialización y formación continuada del personal que interviene en los expedientes de contratación.
- En materia de conflicto de interés se verifiquen con carácter previo, las oportunas consultas al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, y en consecuencia se dé traslado a dicho órgano colegiado a efectos preventivos y por si los hechos pudieran ser contrarios a lo dispuesto en el Código Ético y de Conducta.

CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE: PERSONAL CONTRATADO CON DIFICULTADES PARTICULARES DE INSERCIÓN EN EL MERCADO LABORAL

El Decreto de Alcaldía de 20 de noviembre de 2013 de Contratación pública responsable con criterios sociales y ambientales es de aplicación a los contratos del sector público que suscriban el Ayuntamiento de Barcelona, y las entidades dependientes que tienen la condición de poder adjudicador.

En el art. 5 del citado Decreto se relacionan los perfiles de las personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral y el art. 15 dispone que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos se incluirán condiciones especiales de ejecución que comporten la obligación de contratación de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, así mismo *"Estas condiciones deberán constar en el anuncio de licitación y configurar como obligaciones esenciales para la empresa adjudicataria y tendrán el siguiente contenido mínimo"*.

En el **caso concreto de la comunicación** se constató que el órgano técnico gestor de la contratación había realizado un seguimiento preciso en relación al cumplimiento de las cláusulas sociales. También de la documentación analizada se comprobó que la **empresa adjudicataria desde el inicio del servicio había ido reiteradamente incumpliendo las condiciones especiales de ejecución del contrato**, dado que los porcentajes de la contratación social se situaban por debajo de los incluidos en la oferta presentada por la empresa adjudicataria.

Durante este proceso los técnicos del órgano de contratación solicitaron y reclamaron a la empresa adjudicataria información completa sobre las condiciones laborales ante la insuficiencia de la documentación aportada al respecto. Esa actitud obstruccionista y reticente de la empresa dificultó el trabajo de los técnicos, extremo que éstos plasmaron en cada una de las actas de seguimiento, así como en los requerimientos efectuados.

Constatado por los servicios técnicos del órgano contratante el incumplimiento de las cláusulas sociales, así como su petición reiterada de incoación del expediente sancionador correspondiente al órgano competente, esto es, a la Dirección XX de la Gerencia del órgano de contratación, procede dar el impulso correspondiente para hacer efectiva la petición de **incoación de expediente sancionador interesada por los órganos técnicos, de conformidad con la normativa reguladora, y con el objeto de garantizar la ejecución en los términos establecidos en el propio contrato, y en consecuencia reforzar la confianza de la ciudadanía (entre la que se encuentran todos/as los/las trabajadores/as de las empresas que finalmente contratan con el Ayuntamiento) en la gestión pública.**

RECOMIENDA

- Especificar en el pliego de cláusulas administrativas la indicación de la existencia de personal contratado con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral a subrogar.
- Activar los mecanismos legalmente establecidos ante los posibles incumplimientos de las condiciones de ejecución por parte de la empresa contratista; con el objetivo de exigir las responsabilidades necesarias para asegurar el cumplimiento del contrato, y en su caso incoar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones que procedan. En el caso de no actuar de conformidad con la legalidad establecida en relación a la efectiva incoación de los procedimientos sancionadores debería constar el pertinente informe justificativo que motivara la decisión tanto de la no incoación como de su dilación.

SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

A raíz de la recomendación, el órgano gestor de la contratación informó que a la vista de las comprobaciones efectuadas por la Dirección de Servicios de Análisis procederían a reforzar el control sobre la empresa XXX y emprender acciones constrictivas y punitivas para garantizar la adecuada supervisión del servicio al tiempo que se recogerán e implementarán el resto de las recomendaciones evacuadas.

RECOMIENDA

Hacer un seguimiento cuidadoso de las condiciones laborales del personal contratado o subrogado con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral a fin de asegurar su mantenimiento y respeto durante la vigencia del contrato.

CONTRATACIÓN SOCIAL RESPONSABLE: CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DE SUBROGACIÓN LABORAL

I. La Guía de contratación pública social impulsa la contratación pública socialmente responsable incorporando, en la compra pública municipal, objetivos de justicia social, sostenibilidad ambiental y código ético. En ella se concretan medidas, entre otras, sociales para ejecutar los contratos públicos con un modelo de negocio basado en salarios dignos, contratación laboral estable con protección de la salud laboral, sostenibilidad ambiental y comportamiento ético, a fin de promover la participación democrática de los agentes productivos e impulsar la innovación social.

Hay que tener en cuenta que, en la preparación de cada contrato municipal, se estudiarán las medidas sociales de aplicación en función de las características del objeto contractual. En la Guía de contratación pública social consta que *"La aplicación de medidas sociales debe ser coherente y sistemática. El mercado debe tener seguridad jurídica y confianza en el comportamiento de la Administración. En este sentido, los contratos con prestaciones y características similares deben poseer unos requerimientos sociales similares. Los contratos de trato sucesivo, que se licitan regularmente, ya que constituyen necesidades administrativas o públicas fijas, deben mantener las prescripciones sociales sin cambios injustificados"*.

Asentados estos principios establecidos en la guía de contratación pública social, como Administración que ha impuesto la condición especial de ejecución de subrogación laboral en los pliegos de cláusulas administrativas, es procedente realizar dos consideraciones:

- En primer lugar, **en el caso concreto**, no consta en el expediente de contratación ni en *"el Informe justificativo de la contratación de los servicios XXX con medidas de contratación pública sostenible"* documento referente *"a la opinión"* y las observaciones de los sectores empresariales implicados *atendiendo su carácter imperativo"*, atendiendo a que el convenio colectivo de aplicación al personal adscrito al contrato no lo recoge como una obligación laboral.

En este sentido, de acuerdo con el art. 2 de la Directiva 2004/2018, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrarán con transparencia (art. 2 de la Directiva 2004/2018).

Al respecto, hay que traer a colación la Resolución nº 235/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que plantea los efectos de la imposición de la condición de subrogación laboral en los pliegos para las pequeñas y medianas empresas:

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

subrogación al menos hasta el momento de la adjudicación, lo que puede llevar a ofertas ineficientes ante la eventualidad de contar con un personal y en unas condiciones inciertas.

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

- En segundo lugar, hay que observar la indeterminación de los parámetros objetivos para valorar si se mantiene o no la necesidad de imponer en la nueva contratación la condición especial de ejecución de subrogación laboral, establecido en el PCAP, atendiendo concretamente la finalidad que persigue la medida de estabilidad laboral, y con las especificaciones de la guía de contratación la cual considera que en los contratos que se licitan regularmente *"se deben mantener las prescripciones sociales sin cambios injustificados"*.

Hay que decir que **la transformación en fijos de todos los contratos temporales de obra y servicio determinados y el incremento del sueldo de toda la plantilla destinada a la ejecución del contrato, justamente en fechas previas a la licitación del nuevo contrato por parte de la empresa que venía prestando el servicio y que tenía previsto participar en esta licitación** (como así se constató posteriormente) además de constituir un **indicio de un posible conocimiento de las condiciones del nuevo contrato antes de su publicación** (en lo que se refiere al conocimiento de la introducción en los pliegos de la condición de ejecución especial de subrogación laboral) **podría** suponer una práctica colusoria de la competencia en la medida que se convierte un elemento disuasorio para la libre competencia, **y contrario a los principios de no discriminación e igualdad** de trato entre los licitadores recogidos en el art. 1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁴, atendiendo a que **se incrementaba el coste de la parte social de las empresas que querían aspirar al nuevo contrato. Máximo cuando dicha cláusula no asegura que en la futura convocatoria de licitación, una vez finalizada la duración del contrato licitado, se mantenga la obligación de subrogación** (nos remitimos en este sentido a la evidencia ya apuntada anteriormente de que a pesar de que el contrato suponía una mejora proporcional del presupuesto máximo de los expedientes anteriores **sólo concurren a la licitación, además de la que venía prestando el servicio, una sola empresa, cuando en la anterior licitación se computaron ocho**).

En este sentido hay que añadir, que tal como se desprende de la propia gestión realizada por **la empresa xxx** (según consta en su declaración responsable transcrita) **el coste económico que le suponía en ese momento la conversión en indefinidos de los contratos temporales de la plantilla no era significativo**, a la vista de las cortas antigüedades que tenían los trabajadores/as, pues, estaríamos hablando de **una indemnización de 20 días por año trabajado frente a una de 33**

²⁴ Cuerpo normativo vigente en el momento de los hechos finalizados

días por año trabajado en el caso de despido de un trabajador indefinido. Y por el contrario sí que le ofrecía una gran ventaja competitiva de cara a la licitación del contrato respecto de los otros licitadores.

RECOMIENDA

El órgano gestor del Buzón Ético recomienda la revisión del expediente de contratación para:

- abordar la parquedad de la justificación que amparaba la introducción de la medida de subrogación laboral en los pliegos y la predeterminación de los criterios que deben avalar su continuidad (de ser el caso) en la futura contratación al objeto de eliminar la vaguedad actual.
- profundizar sobre la situación detectada en relación a posibles influencias que podrían haber llevado, presuntamente, a incluir la medida de subrogación laboral como condición especial de ejecución.

INDEXAR Y FOLIAR LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

RECOMIENDA

Insta y recuerda que, de acuerdo con las exigencias legales vigentes, los expedientes de contratación deben estar foliados e indexados, a fin de evitar los riesgos de posibles manipulaciones que esto puede comportar.

II. FASE DE PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

REQUISITOS DE SOLVENCIA: DELIMITACIÓN, CONCRECIÓN Y MOTIVACIÓN

La aplicación del principio de igualdad de trato, en la fase de solvencia, es de gran importancia práctica, porque las exigencias de solvencia se conforman como un requisito o condición "*sine qua non*" en la licitación, dado que su incumplimiento justifica la exclusión del licitador. Ésta es la raíz de la trascendencia de su ajustada y motivada concreción, porque en caso de exigir unos requisitos de solvencia desproporcionados pueden implicar restricciones indebidas de la competencia y pueden suponer un quebrantamiento del principio de igualdad de trato.

En esta línea, los requisitos de solvencia exigidos por el órgano de contratación deben estar justificados sobre las bases relacionadas con el objeto del contrato, atendiendo que unos requisitos excesivamente exigentes pueden elevar sustancialmente las barreras de entrada de las empresas en la licitación, y provocar efectos discriminatorios entre los licitadores. Hay que tener en cuenta que la exigencia de explicación y de justificación es aún más necesaria cuando el criterio de solvencia profesional conlleva un criterio de exclusión.

Respecto a la motivación de la exigencia de solvencia, encuadrada dentro de la discrecionalidad técnica, nos remitimos al literal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, que requiere que para que sea válido y suficiente el contenido de la motivación debe cumplir como mínimo estas exigencias:

"(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 utilizaba 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."

También en el tenor de lo establecido en el Acuerdo 98/2015 de 13 de noviembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón hay que asumir por la organización que "*La actividad discrecional de la Administración no debe ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, debe fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de los informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue*".

RECOMIENDA

Recuerda que un límite infranqueable a la discrecionalidad técnica es que no se desvirtúen los principios de igualdad de trato y de transparencia. En este sentido, la discrecionalidad técnica no puede servir para amparar, ni ocultar, una contratación directa con la clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos.

Asentada la trascendencia de la motivación de los requisitos exigidos en la solvencia, también se recuerda que todo procedimiento de licitación debe generar la concurrencia entre las empresas.

SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Se dio traslado a la Intervención General que a raíz de la misma ha procedido en el ejercicio 2019 a realizar una auditoría específica sobre la contratación del Instituto Municipal afectado.

ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA ECONÓMICA Y TÉCNICA

El art. 62 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público aplicable en ese momento, especificaba que para celebrar contratos el sector público los empresarios deben acreditar que están en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, sustituyéndose este requisito por el de la clasificación cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en el mismo TRLCSP.

A raíz de la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, relativa a los emprendedores y su internacionalización, se introdujo el art. 146.4 consistente en que el órgano de contratación si lo estima conveniente, podría establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación relativa al cumplimiento de los requisitos previos, se sustituyese por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, y que en este caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación debe acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y la validez de los documentos exigidos.

Asimismo, el art. 146.4 *in fine* especificaba que el órgano de contratación en orden de garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

Posteriormente nacieron las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, D2014/23/UE relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y la D2014/24/UE sobre contratación pública que introdujeron medidas dirigidas a incrementar la transparencia, la simplificación y la eficiencia en los procedimientos de licitación.

Con esta finalidad el art. 59 de la Directiva 2014/24 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero, sobre contratación pública, estableció que los poderes adjudicadores deben aceptar el documento europeo único de contratación (DEUC), en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, como prueba preliminar que las empresas licitadoras reúnen las condiciones para participar en el procedimiento de contratación, el cual consiste en una declaración actualizada del interesado que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros.

Por parte de la Generalitat, y dentro del ámbito de sus competencias procedió a dictar el Decreto Ley 3/2016 de 31 de mayo de medidas urgentes en materia de contratación pública, cuyo objeto fue establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y de la Directiva 2014/24/UE.

Específicamente, el artículo 4 del Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo regula que las empresas licitadoras *"no están obligadas a acreditar documentalmente, en el momento de la presentación de ofertas, el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia"*; y que los órganos de contratación deberán admitir una declaración responsable que sustituya la acreditación documental o el formulario normalizado de documento europeo único de contratación, y en relación a los contratos sujetos a regulación armonizada sólo se puede admitir, como documento sustitutorio, el formulario normalizado de documento europeo único de contratación.

Con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, el art. 140 regula que las proposiciones en el procedimiento abierto deben ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación.

También abre la posibilidad a que el órgano o mesa de contratación podrá pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

En esta línea, el apartado 10.4 de la Instrucción para la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público del Ayuntamiento de Barcelona aprobada por la Comisión de Gobierno en sesión de fecha 9 de marzo de 2018 especifica que el requerimiento de aportación documental acreditativa se hará cuando haya dudas de la veracidad o vigencia de la declaración.

RECOMENDACIÓN

Que a fin de identificar posibles situaciones en las que el órgano de contratación debe de solicitar documentación complementaria o justificativa a la declaración responsable o DUE, se recomienda facilitar esta tarea mediante la correspondiente circular, instrucción o información a los órganos de contratación.

CRITERIO DE SOLVENCIA PROFESIONAL

Los artículos 74 a 76 de la LCSP enmarcan los requisitos que el órgano de contratación debe concretar para poder acreditar la solvencia económica y financiera y profesional o técnica de la contratista. En este sentido el art. 74 de la Ley 9/2017 regula que:

"1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo."

De la lectura de este precepto, se desprende que la normativa de aplicación dota al órgano de contratación de un amplio margen de apreciación en relación a la determinación de los criterios de solvencia en los pliegos, respetando los límites establecidos: la proporcionalidad y la vinculación con el objeto del contrato.

El límite de la proporcionalidad, según la doctrina, es necesario para evitar que se vulnere el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores recogido en el art. 1 de la LCSP, entendido como el principio finalista que favorece el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exigiendo que todas ellas disfruten de las mismas oportunidades en la formulación de sus ofertas. Es considerado, por tanto, como un principio vertebrador de toda la contratación pública, dado que genera concurrencia empresarial y competencia que revierte en la eficiencia en la inversión de los recursos públicos.

Atendiendo a esta exposición, para poder determinar si la concreción de los requisitos de solvencia respetan los límites establecidos en la normativa, hay que acudir a su justificación en el expediente, y comprobar si los criterios establecidos, por la especificidad y el contenido del contrato, hacen exigible que estos requisitos resulten imprescindibles para su correcta ejecución.

En la misma línea el apartado 116.4 de la LCSP establece que en *"el expediente se justificará adecuadamente"*, incluyendo en el apartado "c) *Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo"*.

Por lo tanto, **cuanto ni en el informe justificativo que inicia el expediente ni en el pliego de prescripciones técnicas, consta ninguna motivación que justifique la necesidad de los requisitos de la solvencia con la competencia técnica profesional tan restrictiva, podría ser entendido por la ciudadanía y para las empresas del sector, como una arbitrariedad en la decisión del órgano gestor, al no constar ninguna motivación en el expediente de contratación que apoye el criterio técnico establecido por la solvencia profesional, y aún más en concreto respecto a la solvencia exigida al perfil profesional de consultor especialista en contratación pública en el sector público.**

Es más, esta omisión de motivación en la decisión del órgano gestor respecto al establecimiento de los especificados criterios de solvencia **podría incurrir en posibles riesgos de impugnación del expediente de contratación.**

MOTIVACIÓN DE LA NECESIDAD DEL CONTRATO Y JUSTIFICACIÓN DE LA CONTRATACIÓN EXTERNA

- A) Normativa de aplicación de los hechos objeto de la comunicación: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)²⁵

En todo contrato del sector público en que deba adjudicarse a una entidad, sea o no administración pública, se elaborará con carácter obligatorio un informe justificativo de la necesidad de la contratación (art. 22.1 TRLCSP), ya que está relacionado directamente con el objetivo de la ley de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer (art. 1, primer párrafo, TRLCSP).

Este informe, justificativo de la necesidad de contratación, tiene legalmente unos requerimientos competenciales, de procedimiento y materiales. Competencialmente, para las administraciones públicas, el informe justificativo se incorporará al inicio del expediente de contratación y éste lo debe aprobar el órgano de contratación (art. 109.1 TRLCSP). No obstante, para los poderes adjudicadores no administraciones públicas, esta disposición no es directamente aplicable (art. 137 TRLCSP) y, por tanto, se debe estar supletoriamente al derecho privado (art. 20.2 TRLCSP) y, en definitiva, a las disposiciones estatutarias o los actos de apoderamiento que en su caso se hayan hecho.

²⁵ Para ser la normativa vigente aplicable a los hechos comunicados

Procedimentalmente, el informe se insertará en la documentación preparatoria y se elaborará antes de que se inicie el procedimiento encaminado a la adjudicación del contrato (art. 22.1, segundo inciso, in fine, TRLCSP). Materialmente, el informe tiene como objetivo determinar con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que se pretenden cubrir mediante el contrato, así como la idoneidad de su objeto y el contenido para satisfacerlas (art. 22.1, segundo inciso, in initio, TRLCSP).

Esta obligación de motivación no es una mera exigencia formal derivada de la normativa de procedimiento para todos los actos administrativos (artículo 54 de la Ley 30/1992; art 35 de la Ley 39/2015) sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación, creemos que determinante para su validez.

El Tribunal de Cuentas, así como la mayoría de los órganos de control externos autónomos, instaron más de una vez a cumplir con esta obligación de *"justificar debidamente en los expedientes la necesidad de la contratación. Seguidamente en los expedientes la necesidad de la contratación, lo que en último extremo garantiza una eficiente utilización de los fondos públicos"*.

Por poner un ejemplo, el Informe de fiscalización del Consejo de Cuentas de Castilla y León relativo a la contratación celebrada para la Administración General e Institucional de esta Comunidad Autónoma durante el ejercicio 2011, de 23 de julio de 2014, indica que *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la LCSP, en el Expediente se debe justificar la necesidad de la contratación y la insuficiencia de medios personales y materiales, con particular detalle en aquellos supuestos en que se contrata funciones administrativas de competencia del órgano gestor."*

El Tribunal Supremo ha apelado también a esta obligatoriedad, en concreto en la Sentencia de 3 de noviembre de 2011 (rec 2757/2009), que declaró la nulidad de un contrato de servicios al no haber justificado la Administración la necesidad de contratación externa, considerando que la justificación exigida legalmente a la Administración no es un requisito meramente formal. Si bien, esta sentencia invoca la normativa aplicable anterior, hay que recordar que la que se aplica en este análisis es mucho más exigente en cuanto a la necesidad de la justificación de la contratación.

En el mismo sentido, el dictamen del Consejo Económico y Social (CES) en el Anteproyecto Ley Contrato Servicio Público (ALCSP), de 25 de junio de 2015, indica lo siguiente: *"... recomienda que se disponga de mayor información al inicio del proceso de licitación y, en concreto, que se manifieste con carácter previo y de forma expresa la necesidad y las razones de la licitación..."*.

- B) Normativa de aplicación de los hechos objeto de la comunicación: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por el 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 2014²⁶.

²⁶ Por ser la normativa vigente aplicable a los hechos comunicados

En relación a la motivación de la necesidad del contrato, el art. 116.1 LCSP regula que *"La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28 de esta Ley y que deberá ser publicado en el perfil de contratante."*

Por otra parte, el art. 28 de la LCSP regula la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación que literalmente especifica: *"Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*.

Por lo tanto, es exigencia legal que en la documentación preparatoria del expediente de contratación se ha de justificar adecuadamente y con precisión su necesidad y dejar constancia tanto de la naturaleza y extensión de las necesidades a cubrir por el contrato, así como de la idoneidad de su objeto con el contenido del contrato.

En esta línea, el expediente de contratación debe comenzar con una decisión administrativa del órgano competente que debe motivar las necesidades del contrato a satisfacer, esto supone valorar diferentes opciones, examinar diferentes alternativas, analizar los recursos disponibles, humanos y financieros, y su calidad.

Ésta es, por su naturaleza, la decisión de carácter más discrecional, porque enmarca y condiciona todo el proceso de la contratación y es por su trascendencia que se exige por la normativa mencionada que esté debidamente razonada y justificada con precisión.

Por otro lado, la Resolución de 25 de julio de 2018 de la Intervención General de la Administración del Estado, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, establece que en los expedientes de contratación de servicios: *"d) Que se justifica en el expediente la carencia de medios suficientes para la prestación del servicio por la propia Administración por sus propios medios."*

ELECCIÓN DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS Y SU PONDERACIÓN: REFORZAR LA MOTIVACIÓN

La potestad del órgano de contratación en la elección de los criterios de valoración de las ofertas y su ponderación no es absoluta dado que los criterios escogidos deben permitir determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa.

Hay que tener en cuenta, en relación a los criterios de valoración de las ofertas que, el Ayuntamiento, como impulsor de la contratación pública socialmente responsable, aprobó el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271 de 24 de abril, de contratación pública sostenible del Ayuntamiento de Barcelona que incluye la aprobación de la Guía de contratación pública social, que concretamente en relación al contrato de Servicios, considera que la eficiencia en la realización de la prestación contractual depende de la formación y motivación de las personas que ejecutan el contrato, de los salarios que perciben, de las relaciones entre las personas trabajadoras, o de la desigualdad de género que provoca una *"intolerable injusticia social que pervierte la misma oferta económica que ofrecen las empresas en los concursos públicos"*.

Asimismo, en relación con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018, el art. 145 regula que la adjudicación de los contratos se realiza utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a una mejor relación calidad-precio, y que se evalúa de acuerdo a criterios económicos y cualitativos. Por lo tanto, es también un criterio cualitativo *"La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución"*.

Hay que añadir que en relación a los contratos de servicios que tienen por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, se incorpora un párrafo en el que se especifica que *"si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación"*.

RECOMIENDA

Que dada la potestad del órgano de contratación en la elección de los criterios de valoración de las ofertas y su ponderación, se debería fomentar al órgano gestor que en los pliegos de cláusulas administrativas incluyera una motivación suficiente de esta elección en los términos: a) que establecía el artículo 117 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Ley de Contratos del Sector público (ley en vigor en el momento de la comunicación) en concordancia con los artículos 22 y 150 de dicho cuerpo normativo y b) de los vigentes artículos 28; 116; 145 y 156 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

CERTIFICACIÓN NEGATIVA DEL REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES

Recordemos la obligación establecida en el art. 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, introducida por el apartado ocho del artículo primero de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, en el que se establece que: *“Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una **certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales**”*.

RECOMIENDA

Que en contratos relativos a prestaciones que impliquen contacto habitual con menores, esta documentación debería constar como una obligación de la empresa adjudicataria dentro del clausulado de los pliegos de la contratación, y aportarla al inicio del contrato al departamento que gestiona el mismo.

III. FASE DE LICITACIÓN

CONFIGURACIÓN DE LAS MESAS DE CONTRATACIÓN FRENTE A LOS RIESGOS DE CONFLICTO DE INTERÉS

La Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) regula la composición de las mesas de contratación, concretamente el art. 326.5 establece que: *“Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda”*.

Recordemos que la Disposición Adicional segunda de la LCSP alude expresamente a las competencias en materia de contratación en las entidades locales. Sobre esta materia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronunció en su expediente 96/2018 al 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 cualquier caso, y como así se expresa en el informe 3/2018 y 96/2018 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado en relación con el objetivo del 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”*.

Es unánime la doctrina al entender que la norma, la LCSP, consideró que existe un conflicto de interés en la actuación de los miembros de la mesa, cuando participan en ella personas que han intervenido en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato. Y, para hacer frente esta situación, ha previsto una medida obligatoria para evitar esta situación de conflictos de interés: la no participación en la Mesa de estas personas. En este mismo sentido se ha pronunciado la Oficina de Antifraude de Cataluña.

Sin embargo, donde sí hay discusión doctrinal es en su aplicación en las entidades locales, a pesar de que la Junta Consultiva de contratación pública del Estado se ha pronunciado sobre la misma, a modo de ejemplo reproducimos un fragmento del trabajo "Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor" del Doctor en derecho José Manuel Martínez Fernández, publicado en el Observatorio de Contratación 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.”

Otros autores justifican que no resulta de aplicación el art. 326.5 LCSL dado que "muy probablemente por la evidente limitación en plantilla de personal en estas Administraciones, a lo que atiende el legislador". **Pero esta limitación no puede operar en Ayuntamientos de gran población como el de Barcelona.**

RECOMIENDA

Que atendiendo al espíritu y el objetivo que persigue el art. 326.5 de la LCSP, a la dimensión organizativa de un ayuntamiento como es el de Barcelona y a la existencia de un evidente riesgo de conflicto de interés, se recomienda la limitación para ser miembros de la mesa de contratación de aquellas personas que han intervenido en la redacción de la documentación técnica, recomendando nuevamente que se deje constancia en el expediente de contratación de cuáles han sido los miembros de su personal (interno o externo) que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos y cualquier otra documentación técnica, para garantizar y fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación pública.

DELEGACIÓN DEL MIEMBRO DE LA MESA DE ADJUDICACIÓN

La resolución del consejero delegado de la sociedad municipal nombra los miembros de la mesa de adjudicación del procedimiento abierto para la

adjudicación del contrato de obras. En concreto, la resolución designa como vocal al gerente adjunto XXX, o persona en quien delegue, sin identificar a esta persona o cargo.

El gerente adjunto XXX, y vocal de la mesa, mediante escrito de fecha XXX delega el ejercicio de sus funciones en el Sr. XXX, Director General de la sociedad, y también presidente de la Mesa.

El hecho de que, en la perspectiva de la Ley de la Obra Pública, el Ayuntamiento de Barcelona disfrute de la condición de promotor de la obra pública (art. 5.2.a) y que se establezca que el promotor de la obra siempre debe tener representación si el gestor hace la contratación (art. 32.3.a), **plantea si es admisible jurídicamente la posibilidad de que precisamente este vocal pueda delegar su asistencia en las sesiones que despliegue la mesa de contratación, en particular por el riesgo que hay de quebrantamiento del principio de competencia del órgano de contratación.**

Además el Gerente Adjunto XXX tiene una relación contractual con el Ayuntamiento de Barcelona y no con la sociedad, lo que hace que cualquier decisión de delegación de sus funciones tenga que recaer en posiciones con competencias que puedan ser asumidas y que no se darían en trabajadores ajenos al Ayuntamiento, ya que estarían sujetos a un régimen jurídico diferente.

Según el informe jurídico emitido hay argumentos para considerar la posibilidad de la delegación: primeramente, el tenor literal de la LOP fija como necesario que el promotor tenga representación en la composición de la mesa, lo que se produce en el acto de nombramiento; en segundo lugar, la LOP no prohíbe la delegación, dado que esta institución precisamente tiene una finalidad de asegurar la eficiencia de los órganos colegiados; y tercero, la propia resolución de nombramiento de los miembros permite que los vocales puedan delegar la asistencia y no predetermina uno o una suplente.

Aparte de lo anterior, según el informe jurídico, hay un último argumento para justificar que en este caso no ha habido infracción de la LOP, ya que su artículo 32.3.b prescribe que lo establecido en la letra A no es aplicable en caso de que el órgano de contratación sea un órgano colegiado del que forme parte el promotor.

Se plantea finalmente si hay algún elemento controvertible en el hecho que en la reunión de la mesa de contratación, en la que precisamente se articula la propuesta de adjudicación del contrato, asista la persona designada como vocal que es representante de la Ayuntamiento de Barcelona. De acuerdo con el informe jurídico, no se observa ningún motivo de infracción en este caso, todo lo contrario, ya que precisamente el vocal lo que hace es asistir a la reunión, cumpliendo con el nombramiento recibido, haciendo innecesaria cualquier delegación o suplencia.

Pero, sin perjuicio del criterio expuesto en el informe jurídico, vinculado al cumplimiento de la literalidad del marco normativo aplicable, creemos pertinente y necesario mencionar la doctrina en materia de contratación pública sobre cómo articular la composición de las mesas de contratación y sus suplencias.

En este sentido, el Informe de 5/2001 de 2 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, manifiesta:

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

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

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

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

Parece oportuno, no obstante, diferenciar entre sustitución y suplencia, con el fin de evitar la confusión entre ambos conceptos. Confusión que deriva de la propia dicción del artículo 24 LRJ- PAC, que se traslada al artículo 27.3 del texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de

Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón.

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

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

Y en la conclusión tercera de este informe se indica que: "... La designación de los miembros de la Mesa de contratación tiene que llevarla a cabo el órgano de contratación sobre miembros que cumplan los requisitos de la norma, pudiendo designarse los correspondientes titulares y suplentes, no siendo válida la constitución de la Mesa en función de suplencias o delegaciones por parte quienes fueron nombrados al margen de la voluntad del órgano de contratación..."

También, en el informe 3/2008, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña. Asunto: Composición y funcionamiento de las mesas de contratación.

En la consideración jurídica segunda se recoge lo siguiente: "Ahora bien, la mesa de contratación, con el fin de poder seleccionar con objetividad imparcialidad la mejor oferta y motivar su decisión, tiene una composición que responde a la de un órgano independiente y integrado por una mayoría de personas con cualificación técnica y que, además, disfrutarán independencia respecto del órgano de contratación para garantizar aquella objetividad e imparcialidad".

La Junta Consultiva considera que la constitución de Mesas de contratación por la Entidad Pública, como poder adjudicador, no Administración pública, es potestativa. No obstante, una adecuada garantía de los principios de objetividad y transparencia en la selección de la oferta económica más ventajosa, que el artículo 1 LCSP exige salvaguardar en toda la contratación del sector público, aconseja el establecimiento, en los sujetos a regularización armonizada, de un órgano de valoración que se encargue de calificar la documentación presentada, valorar las ofertas, y elevar una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, siendo

aconsejable que su composición se inspire, en la medida de lo posible y con las adaptaciones que resulten necesarias, en lo que dispone el artículo 295.3 LCSP.

En esta línea, el propio Tribunal Supremo ha manifestado que la configuración de la mesa de contratación como órgano de carácter técnico resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en tanto que la normativa de contratos establece la exigencia que entre los vocales figure un funcionario o funcionaria que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor o interventora. Más específicamente, el Tribunal Supremo ha afirmado que *"la intervención de la mesa de contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, en tanto que la propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta (Sentencia de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7222))"*.

La doctrina ha analizado diferentes aspectos sustantivos y procesales con especial referencia a las exigencias derivadas del derecho de la Unión Europea y ha incidido en que: *"las mesas de contratación deberían estar formadas por miembros especializados e independientes, cualidades que no siempre se dan, y la necesidad de despolitizar dichas mesas de contratación, pues el informe de valoración de las ofertas es determinante en la adjudicación de los contratos y debe ser realizado por personas expertas en la materia que se pretende contratar, con unos conocimientos básicos de la legislación en materia de contratos que les permitan aplicar correctamente los criterios de adjudicación determinados en los pliegos y, sobre todo, que sean independientes, para evitar con todo ello que, precisamente, se pueda influenciar en la adjudicación de contratos públicos²⁷"*.

RECOMIENDA

La posibilidad de que los pliegos contengan los titulares y suplentes de las Mesas de contratación para una mayor transparencia y seguridad jurídica atendiendo que la decisión de la Mesa de contratación afecta de forma concluyente la motivación fundamental de la resolución de adjudicación.

También se recomienda la valoración de mantener la presencia del Ayuntamiento como promotor en la mesa, con un representante con experiencia, que vele para garantizar los intereses del Ayuntamiento de Barcelona de la adecuación de la ejecución de la obra con lo aprobado al proyecto.

²⁷ Teresa Moreo Marroig (Interventora delegada de la Intervención General de Baleares) y publicado en la colección de Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial

VALORACIÓN DE CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR

El artículo 150.2, segundo párrafo, de la LCSP prescribe que, 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 (también llamados subjetivos), se deberá constituir un **comité de expertos** no integrados en el órgano que proponga la adjudicación del contrato y con cualificación apropiada para hacer esta evaluación o encomendarse a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en el pliego.

En el caso que nos ocupa, la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor no la ha hecho un comité de expertos. En este punto, sin embargo, el informe jurídico manifiesta que se impondrá la aplicación estricta del régimen jurídico peculiar que tienen los contratos sujetos a una regulación armonizada adjudicados por poderes adjudicadores no administraciones públicas: en efecto, el artículo 190.1.a TRLCSP expresamente estipula que en estos contratos no es de aplicación, entre otros, la norma contenida en el artículo 150.2, segundo párrafo, relativa a la intervención del comité de expertos para evaluar los criterios subjetivos.

Por todo ello, el hecho de que, en el procedimiento de adjudicación del contrato de obras, la evaluación de los criterios que dependen de un juicio de valor se haya hecho no por un comité de expertos ajenos a la mesa de contratación, sino por técnicos, uno de los cuales es precisamente uno de los miembros, a juicio del informe jurídico referenciado, no constituye una infracción del TRLCSP.

Sin embargo, consideramos pertinente y oportuno mencionar algunas de las aseveraciones efectuadas por el Dictamen del Consejo de Estado, cuando informó sobre el anteproyecto de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, donde expresaba la necesidad de la aplicación de los principios constitucionales que caracterizan la Administración Pública en la actuación de las entidades públicas sometidas en la actuación al derecho privado, estableciendo la necesaria vinculación de estas entidades a los principios de derecho público. En concreto, afirmaba: *“... entre ellos se encuentran, por sólo nombrar algunos, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art 9.3 in fine CE) y el principio de objetividad en el servicio de los intereses públicos (art.103 CE) con todos los corolarios que de ellos se derivan (mérito, capacidad, publicidad, transparencia), así como por supuesto, el principio mismo de legalidad y respecto a los derechos fundamentales. Continúa el Dictamen afirmando que estos principios no están limitados a la actuación de la administración pública en*

régimen de derecho público, sino que se extiende con idéntica fuerza vinculante al caso de sometimiento al Derecho privado”.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en la Sentencia 4754, de 16 de junio de 2017, determina que el artículo 150.2 de la LCSP ha establecido la prohibición de que aquellas personas que deben realizar la evaluación de las ofertas formen parte del órgano proponente del contrato, incompatibilidad que, por su finalidad, debe aplicarse no sólo a los miembros del comité, sino a todos aquellos que vayan a realizar una evaluación de ofertas, incluyéndose los miembros de la mesa de contratación, según se desprende de la incompatibilidad impuesta por el citado artículo.

También reproducimos el criterio establecido por la Audiencia Nacional y recogido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2017 número 4754/27 que reproduce el criterio de la Audiencia Nacional que establece que aunque no procede la constitución de un comité de evaluación, el técnico informante/evaluador no puede formar parte de la mesa de contratación, a pesar de que el expediente objeto de contratación sea de un poder adjudicador no administración pública: *Criterio de la Audiencia Nacional: “Según el apartado 150.2. del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público establece: (...) Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.”. “De esta norma es forzoso traer a colación la prohibición de que aquellas personas que deben realizar la evaluación de las ofertas formen parte del órgano proponente del contrato; incompatibilidad que, por su finalidad, debe aplicarse no solo a los miembros del comité, sino a todos aquellos que vayan a realizar una evaluación de las ofertas. Como quiera que en el presente caso el ingeniero municipal fue la persona que informó y evaluó técnicamente las propuestas de los licitadores, asimismo formó parte de la Mesa de contratación, se incurrió en la incompatibilidad contemplada en el transcrito precepto...”*

En la línea de los principios que cita el dictamen del Consejo de Estado, de aplicación también a los contratos adjudicados por poderes adjudicadores no administraciones públicas y atendiendo a los argumentos jurisprudenciales citados que motivan la incompatibilidad, a pesar de la literalidad del marco normativo que no obligaría, parecería conveniente, más en contratos de la complejidad técnica que nos ocupa,

mantener la intervención colegiada del comité de expertos, no miembros de la mesa de contratación, para evaluar los criterios subjetivos, cuando tienen asignada una puntuación superior a la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática.

Si bien, la vigente ley de la contratación del sector público, en el artículo 326.5 LCSP establece que no podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, con la excepción de la Disposición Adicional 2 en su apartado 7 que si lo permite para este caso concreto la doctrina mayoritaria entiende que esta limitación opera en las Entidades Locales por la evidente limitación en su plantilla.

Entendemos que no es el caso que nos ocupa, ya que la dimensión y la complejidad de las obras requiere un cumplimiento escrupuloso para mantener la competencia real del mercado y para que sea eficiente la gestión de los recursos públicos.

Y esta línea de argumentación queda reforzada por las previsiones de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos de Sector Público, al deducirse de sus preceptos 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, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normalmente pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas. Esta elaboración impide a quién ha participado en formar parte de un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el procedimiento de selección del contratista.

Son todas estas previsiones para favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de miembros de la mesa.

RECOMIENDA

Respecto al Informe técnico de los criterios que dependen de un juicio de valor, emitido por miembros de la mesa, no ajenos, la primera persona que firma el análisis de ofertas es a la vez miembro de la mesa de contratación. En la línea de los principios que cita el Consejo de Estado, y se ha pronunciado jurisprudencia y doctrina, de aplicación también a los contratos adjudicados por poderes adjudicadores no administraciones públicas, a pesar de la literalidad del marco normativo que no obligaría, parecería conveniente, más en contratos de la complejidad técnica que nos ocupa, mantener la intervención colegiada del comité de expertos, no miembros de la mesa de contratación, para evaluar los criterios subjetivos, cuando tienen asignada una puntuación superior a la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática.

FÓRMULAS PARA LA VALORACION DEL PRECIO

El Tribunal de Cuentas en su informe de fiscalización de la contratación celebrada por las Entidades Locales de las Comunidades Autónomas sin OCEX propio, periodo 2013-2014, indica lo siguiente: *“Ponderación de los criterios de adjudicación: las fórmulas. Los criterios de adjudicación deben estar definidos y ser conocidos por los licitadores, siendo necesario que, cuando se emplee una fórmula matemática, todos los elementos de la misma estén delimitados, de modo que no exista margen para la discrecionalidad técnica.*

El artículo 150 del TRLCSP distingue entre los criterios de adjudicación que pueden valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en el PCAP y aquellos cuya cuantificación depende de un juicio de valor. El conocimiento de la fórmula y de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación que es utilizada por el órgano de contratación al valorar las ofertas es un elemento decisivo que debe conocer el licitador en el momento de preparar la oferta, puesto que ésta última puede variar en función del sistema de reparto previsto. La legislación de contratos del sector público, en consonancia con las Directivas europeas, exige que los criterios de valoración de las ofertas están debidamente definidos, tengan relación con el objeto del contrato, sean suficientemente conocidos por los licitadores y que se apliquen por igual a todos ellos. Esta exigencia se manifiesta en mayor medida en la evaluación que se realiza mediante fórmula matemática, en la que todos los elementos deben estar perfectamente delimitados en la fórmula que se ha de aplicar, de modo que no exista el margen de discrecionalidad técnica que dispone el órgano de contratación en la evaluación sujeta a un juicio de valor. El desconocimiento de la fórmula matemática o de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación genera indefensión para los licitadores, en tanto en cuanto éstos, a la vista de los pliegos, no pueden conocer de antemano los criterios que el órgano de contratación tendrá en cuenta para la valoración de sus ofertas.”

RECOMIENDA

Que la fórmula utilizada por la sociedad municipal para la valoración del precio y de los criterios automáticos desincentiva las bajas e incrementa el ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, tal y como se ha pronunciado la Intervención General de este Ayuntamiento.

RECOMIENDA

Que el criterio de "baja sobre posibles modificaciones" no puede ser un criterio a tener en cuenta en las licitaciones, ya que la modificación contractual es una facultad propia del órgano de contratación, no disponible, además de la poca incidencia que puede acabar teniendo en la ejecución del contrato, si éste no termina modificándose.

RÉGIMEN Y PROCEDIMIENTO DE JUSTIFICACIÓN DE LAS BAJAS DESPROPORCIONAL O ANORMALES

El régimen jurídico de las ofertas con valores anormales o desproporcionados (antiguamente conocidas como bajas temerarias) en los contratos sujetos a una regulación armonizada adjudicados por poderes adjudicadores no administraciones públicas también se concreta en el artículo 190.1.a TRLCSP, el cual expresamente estipula que en estos contratos no es de aplicación, entre otras, las normas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 152. A *contrario sensu*, sí resultan de aplicación sus apartados 3 y 4.

Es el artículo 1 y 2 del art.152 TRLCSP lo que convierte la fijación de parámetros para determinar si la oferta es anormal o desproporcionada es facultativa para el órgano de contratación cuando para la adjudicación deba considerar más de un criterio de valoración, y no únicamente el precio. Este criterio es seguido por la resolución nº 7/2015 TCCSP (Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público), que establece que es una potestad del órgano de contratación la de perfilar en la contratación si habrán posibles precios anormales o no, y que puede optar por no establecer ningún parámetro para apreciar si una oferta puede ser considerada como anormal o desproporcionada: *"no es, por tanto, el legislador quién determina, con carácter general, cuáles son los criterios objetivos de acuerdo con los que debe apreciarse en una determinada licitación si una oferta debe considerarse "anormal o desproporcionada", sino que son los pliegos que rigen cada licitación, en particular, los que fijan (si el órgano de contratación así lo considera oportuno) cuáles son, si proceden, estos criterios"*.

En consecuencia, el pliego debe ser el que fije, si es necesario, los parámetros objetivos que determinen la anormalidad de las ofertas, y éste puede establecer fórmulas que, considerando todas las ofertas, excluya del cálculo aquellas que desvirtúan el umbral por su disparidad, tal como establece el informe nº11/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En este sentido, los parámetros objetivos que determinarán el carácter desproporcionado de las ofertas pueden establecerse por los órganos de contratación teniendo en cuenta variables estadísticas diferentes de la media aritmética.

Se recomienda sin embargo, tal como se han pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, definir la desviación de baja con porcentajes más elevados para incentivar las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas.

Para cada tipo de contrato se puede aconsejar la formulación de unos parámetros objetivos que comporten la cualificación de ofertas anormalmente bajas diferentes, y exigirá, en cada caso concreto, un adecuado conocimiento de la situación del mercado provisorio de la situación económica general en el momento de la licitación. Sin embargo, la superación de estos límites (presunción de temeridad) no permite excluir de manera automática las proposiciones, sino que en estos casos hay que dar audiencia al licitador para que éste pueda justificar su proposición (Resolución nº149/2016 del Tribunal Administrativo central de Recursos contractuales TACRC, de 19 de febrero).

En esta línea el apartado 3 del artículo 152 TRLCSP dispone que cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada es necesario (1) otorgar una audiencia a la empresa licitadora correspondiente que justifique la valoración de su oferta y precise las condiciones de la misma y (2) solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. Por el contrario, no se establece quién debe conferir el trámite de audiencia ni su plazo. Teniendo en cuenta que se trata de un acto de trámite relacionado con la valoración de las ofertas (art. 320.1 TRLCSP), debe concluirse que la mesa de contratación es competente para hacer el requerimiento mencionado a las empresas que hayan presentado una oferta presuntamente desproporcionada y, en su representación, la persona que ocupa la secretaría.

Por lo tanto si la justificación se considera insuficiente, el TRLCSP no establece que se deba hacer un nuevo requerimiento, aunque no parece que esté proscrita la posibilidad de solicitar alguna aclaración concreta de la justificación, con conocimiento del resto de competidores, a petición de la mesa de contratación o eventualmente del órgano de contratación mismo. Pero este hecho depende de la potestad del órgano de asistencia (mesa) o del de contratación, ya que hecha la justificación y a la vista del asesoramiento técnico correspondiente se puede entender todo esto como suficiente, como cumplido el trámite, de acuerdo con la ley, para elevar una propuesta o para resolver sobre la adjudicación del contrato, respectivamente.

Al margen del cumplimiento normativo y de aplicación del procedimiento contradictorio para dirimir si una oferta está incurso en baja temeraria, el principio de buena administración y buenas prácticas hubiera requerido de una mayor motivación en la decisión contractual. El TS vincula el derecho a una buena administración con la obligación administrativa de motivar, así la STS de 15/10/2010 (JUR \ 2010 \ 366859) señala:

“(...) 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.»

RECOMIENDA

En relación al régimen y procedimiento de justificación de las bajas desproporcionadas o anormales, que la regulación establecida por la empresa municipal en el análisis de las bajas temerarias ha sido reiteradamente puesto de manifiesto por la Intervención General de este Ayuntamiento, en los controles financieros efectuados a la empresa municipal.

Se recomienda tal y como se han pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, definir la desviación de baja con porcentajes más elevados para incentivar a las empresas a ofrecer condiciones más ventajosas.

APROBACIÓN DEL PROYECTO EJECUTIVO CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS.

El artículo 125 del RGLCAP establece que los proyectos deben referirse a obras completas y susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente y deben comprender todos y cada uno de los elementos precisos para la utilización de la obra. No obstante, cuando se trate de obras que por su naturaleza o complejidad necesiten de la elaboración de dos o más proyectos específicos o complementarios, la parte de la obra a que se refiera cada uno de ellos será susceptible de contratación independiente, siempre que el conjunto de los contratos figure en un plan de contratación plurianual.

RECOMIENDA

Que a pesar de lo dispuesto en el art 125 del RGLCAP procedería evaluar la incidencia que, en el caso concreto que nos ocupa, ha podido tener en la ejecución de la obra la circunstancia de haber iniciado la contratación de la ejecución antes de disponer de la aprobación definitiva del proyecto ejecutivo.

ERROR EN LA LECTURA DE LAS PROPUESTAS EN LA APERTURA DEL SOBRE DE LA OFERTA ECONÓMICA. RECTIFICACIÓN DE ERRORES.

En relación al expediente de contratación, consta un error en la lectura de las propuestas en la apertura del sobre 2, se emitió una aclaración por parte del Departamento de XXXX del Distrito sobre el acta de la sesión que la Mesa de Contratación llevó a cabo el pasado XXX de XXX de 2017.

El acto de apertura de la oferta económica se efectúa en acto público, este acto tiene dos finalidades:

- Garantizar que se cumpla la regla básica del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura de los sobres. Los licitadores pueden comprobar la integridad de los sobres presentados hasta el momento de su apertura, descartando así la posible sospecha de "manipulación" de los mismos por la Administración contratante.
- Permite que los licitadores conozcan, de forma simultánea, cuál ha sido la oferta propuesta por cada una de ellas.

La rectificación de errores en los actos administrativos está regulado en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La Administración ha de rectificar los errores acreditados que contengan sus actos. La rectificación podrá ser de oficio o a instancia de los interesados. Es necesario que sean errores de hecho y aritméticos y

pueden rectificarse en cualquier momento. La rectificación de errores no puede implicar una revisión de oficio o una revocación encubierta, por lo que no puede versar sobre el supuesto de errores en valoraciones o calificaciones jurídicas, sino en errores de hecho o aritméticos.

Dicho esto, una vez detectado por la Mesa el error de lectura que se produjo en el momento de la lectura de la proposición económica de uno de los licitadores, se actuó con la diligencia debida dado que se notificó con el traslado del acta de la Mesa de contratación mediante correo electrónico, a fin de garantizar que todos los miembros de la Mesa como los licitadores lo recibían ya que no había la seguridad de que todo el mundo estuviera dado de alta en el perfil del contratante y se informó de la posibilidad de tener vista del expediente a fin de poder comprobar la veracidad del error de la lectura de la proposición económica.

RECOMIENDA

Que no existen indicios de que la Mesa no actuara dentro de la legalidad vigente y conforme a las buenas prácticas. Asimismo, la decisión adoptada ha sido coherente con la práctica administrativa, al respetar las expectativas legítimas y razonables que podían tener para con esta actuación, en concreto, al ofrecer la seguridad jurídica requerida en todo proceso de contratación administrativa.

Tampoco consta en las actuaciones examinadas que se haya interpuesto ninguna demanda judicial contra la desestimación de los recursos de reposición interpuestos contra la resolución de propuesta de adjudicación de esta contratación y sobre el contenido del Pliego de prescripciones técnicas, económicas y administrativas.

INEXISTENCIA DE REGISTRO DE ENTRADA Y SALIDA DE DOCUMENTOS DE LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, regulaba, en el artículo 38 y en el artículo 16 de la vigente ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la necesaria existencia de un registro general de entrada y salida de escritos, solicitudes y comunicaciones en los órganos administrativos.

En la documentación aportada por parte de la empresa en los expedientes objeto de este análisis no consta ningún certificado de registro con especificaciones de la fecha y la hora de la entrada de las plicas y otra documentación por parte de los licitadores. De confirmarse este extremo, el incumplimiento de este requisito podría conllevar la posible nulidad de las actuaciones por falta de garantías procedimentales y de control y verificación.

En este sentido, la Resolución número 5/2018 de 31 de enero de 2018 del Tribunal Catalán del Sector Público, en el fundamento jurídico octavo, indica que la disposición adicional decimosexta del TRLCSP, relativa al uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos previstos por esta ley, establece que la utilización de estos medios deberá ajustarse a las normas establecidas. En especial, hay que tener en cuenta que esta disposición exige que las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y entregas documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha, la hora de la emisión o recepción, la integridad del contenido y el remitente o destinatario de éstas.

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

La misma resolución en su fundamento jurídico undécimo dice: *"De resultas de lo anterior, la vulneración del PCAP, la defensa del principio de tutela efectiva, la exigencia de la necesaria existencia buena fe y confianza legítima que debe presidir las comunicaciones de los poderes adjudicadores..."*.

El apartado 1 del artículo 22 de la Directiva 2014/24 / UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, en referencia a los medios de comunicación electrónicos, prevé: *“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 párrafo 2 de este precepto prevé, como excepción, la posibilidad de proceder a una comunicación oral, siempre que no se trate de ningún elemento esencial de un procedimiento de licitación, y hace referencia explícita a: pliegos de contratación, solicitudes de participación, confirmaciones de interés y ofertas. Al respecto se exige que las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de manera suficiente y a través de los medios adecuados como los archivos o resúmenes sonoros de los principales elementos de la comunicación.

Cabe decir que las previsiones de la Directiva han quedado recogidas en la disposición adicional 15 "*Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta ley*" de la nueva Ley 9/2017, de 9 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.

RECOMIENDA

Que la falta reiterada del control de entrada y salida de los documentos de los expedientes de contratación analizados, y en concreto, de las plicas de estos procedimientos, conlleva vicios de actos dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido o de las reglas especiales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados que pueden llevar la nulidad de pleno derecho de su tramitación, e implica huir de la rigurosidad necesaria para no quebrantar el principio de legalidad y seguridad jurídica que debe cumplir la contratación pública.

EXISTENCIA DE EMPRESAS VINCULADAS

En relación a la regulación de empresas vinculadas, el art. 145.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre considera que para ser consideradas empresas vinculadas hay que estar a lo previsto en el art. 42 del Código Comercio:

- a) Disponer de la mayoría de los derechos de voto
- b) Tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración
- c) Posibilidad de disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto
- d) Designación con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desarrollan su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En el caso de empresas vinculadas, por los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supone la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. Para los demás contratos, produce los efectos que se determinen reglamentariamente en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

RECOMIENDA

Dado la obligación, establecida en el art. 63 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de publicar el número y la identidad de los licitadores participantes en el procedimiento en el perfil del contratante, procede recomendar al Ayuntamiento que se dote de un instrumento eficaz para poder analizar la actuación de las empresas licitadoras frente la contratación pública municipal con el objetivo de identificar posibles irregularidades o maniobras de competencia desleal de las empresas vinculadas.

IV. FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

SEGUIMIENTO DE LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN

Cada fase del iter procedimental de la contratación (preparación, adjudicación y ejecución) debe ser regida por el principio de la transparencia, entendida desde su doble vertiente: a) interna, como principio básico de la contratación pública, implica los principios de publicidad, igualdad de trato y objetividad; y b) externa, como un sistema de acceso a la información de los ciudadanos mediante la publicación de los datos de los contratos.

Pero en la contratación administrativa, hay que enfatizar que la fase de la ejecución del contrato es la más relevante del contrato, es donde radica el cumplimiento de las finalidades públicas que se pretenden satisfacer, donde se garantiza la eficiencia del gasto público, y donde se permite controlar y evaluar adecuadamente la gestión de la contratación pública, así como la materialización de los principios que la han de inspirar, y muchas veces las más olvidadas de supervisión por parte de la Administración pública contratante.

Es en esta fase donde se debe exigir el cumplimiento material, riguroso y efectivo del contrato, mediante:

- Establecimiento y precisión en los pliegos de las condiciones de la ejecución así como los derechos y obligaciones de las partes durante la ejecución y extinción del contrato, de cumplimiento obligatorio y vinculante para ambas partes.
- Establecimiento y precisión en los pliegos de mecanismos efectivos para reaccionar contra el incumplimiento del adjudicatario, con su correlativo sistema de penalizaciones, tipificación concreta y procedimiento administrativo.
- Fortalecer los sistemas de control periódico y material del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos por parte del adjudicatario.

- En caso de detección de un incumplimiento de las obligaciones establecidas, activar los mecanismos establecidos para exigir las responsabilidades necesarias, en su caso aplicar las sanciones que procedan para asegurar el cumplimiento del contrato.

RECOMIENDA

El órgano gestor del Buzón Ético ha recomendado en las diversas comunicaciones respecto al seguimiento de la ejecución del contrato:

- Hay que incidir en que la finalidad de la contratación pública es la realización efectiva de las actividades y servicios que se demandan, por esta razón es esencial su correcta ejecución y el cumplimiento de las cláusulas de los pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y más en el ámbito tan sensible como es la existencia de menores extranjeros sin referentes familiares.
- Se recomienda que se refuercen las medidas necesarias para garantizar un control real, operativo y eficiente de la ejecución de los contratos, de la materialización de su "buen fin" y de que la necesidad que se trata de atender sea efectiva tal como se ha planteado y justificado en la preparación del contrato. Destacando en este punto la evolución de figuras como la del responsable del contrato cuya designación por los órganos de contratación ha pasado de ser potestativa (artículo 52 de la LCSP) a obligatoria en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (art 62 LCSP).
- Se enfatiza que en caso de detección de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos, se deben activar los mecanismos correspondientes para exigir a las empresas adjudicatarias el cumplimiento de las obligaciones asumidas, y a efectos de prevenir las posibles responsabilidades que podría incurrir el Ayuntamiento por hechos causados a raíz de infracciones.
- Revisión efectiva de la documentación preventiva y preceptiva que deben facilitar las empresas adjudicatarias en aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y de los pliegos, exigiendo que ésta sea entregada de forma completa e íntegra.
- Para mejorar la agilidad de revisión de la documentación entregada por las empresas adjudicatarias, establecer un sistema de ordenación de la documentación preventiva para cada trabajador/a, con la existencia de una trazabilidad de los registros exigidos por la normativa de prevención de riesgos laborales, entre otros:

información de los riesgos, formación en riesgos laborales, la entrega de los EPIS, aceptación o renuncia de los exámenes médicos.

- Recomendar a las empresas adjudicatarias que, para garantizar la ejecución del contrato en las condiciones de excelencia que exige la naturaleza del servicio público que está cubriendo, y el perfil de los usuarios de aquél, que perfeccionen sus protocolos de comunicación de riesgos laborales o de otros mecanismos que cumplen con la misma función, en caso de que no se disponga.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA O SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN POR INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA EN MATERIA SOCIOLABORAL Y DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En la cláusula del pliego de prescripciones técnicas particulares que establece que: *"La adjudicataria es la responsable del cumplimiento de todas las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social, seguridad y salud, y de prevención de riesgos laborales que sean de aplicación"*, hay que advertir al órgano de contratación que este clausulado no le descarga del riesgo de incurrir en responsabilidad solidaria por los incumplimientos del contratista en materia socio laboral y de prevención de riesgos laborales.

En este sentido, hay que remitirnos al art. 42.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que regula:

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

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

La responsabilidad solidaria del contratista principal también es recogida en el art. 168.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

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

La controversia que podría existir sería si el Ayuntamiento que adjudica un contrato reúne o no la condición de empresario principal a los efectos establecidos en la normativa de aplicación. Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado el alcance del término "empresario" a estos efectos, incluyendo dentro de la misma a la Administración en caso de concesiones y contratos administrativos (STS de 23 de diciembre de 1996, STS de 6 de julio de 2005, STS de 13 de noviembre de 2008, entre otros).

A modo de ejemplo, se transcribe parte del Fundamento de Derecho quinto de la STS 2982/2016, de 27 de junio de 2016:

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

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

En esta línea, la jurisprudencia concluye que las Administraciones Públicas son responsables solidarias de las obligaciones con la Seguridad Social contraídas por contratistas y subcontratistas. Sirva como botón de muestra de sentencias condenatorias a administraciones y demás entidades públicas por impago de las cotizaciones a la Seguridad Social de sus trabajadoras por parte de contratistas y subcontratistas las siguientes: STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2000, STSJ de Aragón de 17 de diciembre de 2009, STSJ de Castilla y León de 13 de junio de 2014, etc.

Otro supuesto de riesgo de responsabilidad solidaria de una entidad contratante con las obligaciones de una empresa contratada es el abono de los salarios de los trabajadores cuando el adjudicatario no los abona (STS 15 de julio de 1996 o STS de 5 de diciembre de 2011).

También se establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración en el caso de impagos por los contratistas de la retención del IRPF de sus trabajadores en aplicación del art. 43.1 f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

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

[...]

f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

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

Respecto a las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, el art. 3 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (LPRL) incluye dentro del ámbito de su aplicación *“tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas”,* y que *“Cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta Servicios”.*

Asimismo, el art. 24.3 LPRL, desarrollado por el Real Decreto 171/2014, de 30 de enero, regula que *“Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”*

Hay que advertir, que de conformidad con el art. 42 LPRL, el incumplimiento por parte de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales *“dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.”*

En materia de contratación, con la entrada en vigor de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su art. 201 se concretan las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral que tienen los órganos de contratación:

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

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

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

RECOMIENDA

Que si bien la empresa adjudicataria es la responsable del cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social, y de prevención de riesgos laborales, el Ayuntamiento puede incurrir en riesgo de responsabilidad solidaria o subsidiaria, en relación con los impagos por parte de las contratistas o subcontratistas de sus obligaciones tributarias, salariales, y con la Seguridad Social. Razón ésta y la del riesgo reputacional en la que podría incurrir el Ayuntamiento, que justificarían la adopción de las cautelas de control y de penalización correspondientes por parte de la administración contratante en la redacción de los pliegos y durante la ejecución del contrato para poder verificar el cumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario.

V. CONTRATACIÓN MENOR

CONTRATACIÓN MENOR DE SERVICIOS CON SOCIEDADES COOPERATIVAS DE FACTURACIÓN

Visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona se constata la existencia de contratación menor con Sociedades Cooperativas de impulso empresarial por parte de diferentes órganos municipales. A modo de ejemplo, en el tercer trimestre de este año 2018, la Gerencia del Distrito de XX, Gerencia XXX, XXXX y la Gerencia de XXXX realizaron contratación menor con la misma sociedad cooperativa de impulso empresarial.

Recordemos que los contratos menores son aquellos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trata de contrato de obras o 15.000 euros, en caso de contratos de suministro o de servicios, de acuerdo con el art. 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público.

En el art. 118.2²⁸ de la referida Ley de contratos del sector Público se regula el expediente de tramitación de los contratos menores que exige:

“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”

También será necesario:

“En el expediente se justificará que no se está alertando 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. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4”.

La contratación menor es una posibilidad de simplificación y agilización procedimental de la contratación administrativa, que supone una adjudicación directa de contratos de cuantía inferior, la aplicación de la que supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, el principio de igualdad de trato entre licitadores, la inaplicación del deber de salvaguarda de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa recogida en el art. 1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

²⁸ Redacción original y vigente hasta el 5 de febrero de 2020, atendiendo la modificación realizada por la Disposición Final 1.1 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

Pero en todo caso, a los contratos menores les son de aplicación las normas generales de la contratación. El art. 65 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre regula que *"Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas"*.

De acuerdo con el art. 84 de la Ley 9/2017 concreta que la capacidad de obrar de los empresarios que sean personas jurídicas se acredita: *"mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate."*

Finalmente en el art. 66.1 de la Ley 9/2017, *"las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, según sus estatutos o reglas fundacionales les sean propios."*

Del análisis de los tres artículos, se concluye que las sociedades cooperativas de trabajo asociado podrán ser adjudicatarias de contratos del Ayuntamiento de Barcelona, pero las prestaciones de los servicios que realice debe estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad establecido en sus estatutos o reglas fundacionales.

RECOMIENDA

A pesar del reconocimiento legal de las sociedades cooperativas de trabajo asociado, y para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, y atendiendo al contexto descrito, y a fin de evitar el riesgo reputacional que implicaría para el Ayuntamiento de Barcelona no haber desarrollado todas las herramientas a su alcance para evitar la contratación menor de cooperativas constituidas en fraude de ley, por ser contraria al interés general, y que puedan perjudicar tanto a la Seguridad Social como a Hacienda, como las propias sociedades referidas anteriormente, recomendamos a los órganos gestores que:

- Previamente a formalizar algún tipo de contrato o abono de facturas a algunas de estas sociedades cooperativas se debería comprobar que el objeto social de la cooperativa de trabajo asociado se adecúa a la prestación realizada por el/la socio/a cooperativo/a, de acuerdo con el art. 66.1 de la Ley 9/2017.
- En caso de duda por parte del órgano gestor sobre la legalidad de alguna Cooperativa de facturación, o para conocer si la cooperativa, con la que tiene intención de trabajar, se encuentra incursa en un proceso de investigación, podría oficiar: si la sociedad tiene alcance estatal en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (mediante la dirección electrónica

Subdireccion.autonomos@meyss.es motivando el interés legítimo de la consulta); b) si tiene alcance autonómico, a la Dirección General de Economía cooperativa y creación de empresas.

ANÁLISIS DE LA PLURALIDAD DE CONTRATOS MENORES VINCULADOS AL CONTRATO PRINCIPAL

Asimismo, el art 86 del Texto refundido de la ley de contratos del sector público²⁹ no prohíbe el fraccionamiento del contrato en general, sólo se prohíbe cuando se hace con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y aludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

La finalidad de la ley no es agrupar innecesariamente en un solo contrato varias prestaciones diferentes o de idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley que tiende a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abiertos o las exigencias de publicidad en el diario DOUE, que se exige dependiendo del valor del contrato. Sólo cuando exista una razón objetiva que permita considerar que cada prestación en sí misma considerada responda a una única finalidad técnica y económica, independiente y separable del resto, podrá el órgano de contratación optar por efectuar procedimientos separados para cada una de ellas, o calculando también, de forma independiente, su valor estimado a efectos de la determinación del régimen jurídico que le corresponda.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 86 del TRLCSP, es posible la contratación separada de prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta se define en el artículo 6 del mismo texto legal, cuando estas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

La opción que asiste al órgano de contratación dentro de los límites del artículo 86.3 del TRLCSP entre la integración de las diversas prestaciones en un solo contrato o la celebración de diferentes contratos exige tomar en consideración diferentes aspectos como son, entre otros: el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultantes del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría suceder si se establecieran lotes.

²⁹ Normativa vigente y aplicable en el momento de los hechos analizados

RECOMIENDA

Que en la documentación facilitada no consta ningún documento donde se informe sobre la necesidad o justificación de contratar estas prestaciones de forma separada, ni que se haga mediante contratación menor. Consideramos que la pertinencia de esta decisión, su adecuación al ordenamiento jurídico, respecto a la acreditación de la sustantividad propia y la incidencia que contratar estas prestaciones tal como se ha hecho haya podido tener en la ejecución de la obra demanda de una experiencia técnica más allá de los conocimientos jurídicos, por lo que se propone someter estas cuestiones a la emisión de informe por parte de perito experto en la materia.

VI. CONTRATO DE NATURALEZA PRIVADA

XXX es una sociedad mercantil de la titularidad 100% del Ayuntamiento de Barcelona, y en función del objeto social y de la actividad misma de la sociedad se puede calificar de sociedad perteneciente al sector público municipal, a los efectos de la artículo 3.1.d del TRLCSP y de poder adjudicador no administración pública a los efectos del artículo 3.3 b de la LCSP.

Este contrato tiene la condición de contrato del sector público, en concreto de contrato de obras sujeto a una regulación armonizada, ya que su valor estimado es igual o superior a 5.186.000 euros, sin IVA, de conformidad con el artículo 14.1 del TRLCAP.

Dada la condición de poder adjudicador no administración pública de la sociedad, este contrato es, además, un contrato de naturaleza privada (art. 20.1 TRLCAP). Estos elementos conforman un régimen jurídico peculiar y complejo para este contrato, de conformidad con el artículo 20.1 TRLCAP.

Como contrato privado, se rige, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el TRLCSP y las disposiciones que lo desarrollan, y se le aplican de forma supletoria el resto de normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.

En concreto, en materia de preparación, al estar sujeto a regulación armonizada, le es de aplicación el título II del libro II, en particular el artículo 137.1 TRLCSP, que prescribe que hay que observar:

- Las reglas establecidas en el artículo 117 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, así como las de los artículos 118 (condiciones especiales de ejecución del contrato), 119 (información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales) y 120 (información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo) todos de la LCSP.

- Las reglas establecidas en el artículo 112.bis del TRLCSP sobre reducción de plazos en el supuesto de que la celebración del contrato sea necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta necesario acelerar la adjudicación por razones de interés público, lo que el órgano de contratación deberá motivar debidamente en la documentación preparatoria. Esta previsión no es de aplicación al caso que nos ocupa.

En materia de selección de la empresa contratista y de adjudicación del contrato, los contratos sujetos a regulación armonizada siguen como criterio general las prescripciones establecidas en el capítulo I del título I del libro III (arts. 138 a 188) con algunas adaptaciones, según establece el artículo 190.1 TRLCSP.

- No son de aplicación las siguientes normas: segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos; apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas; artículo 156 sobre formalización del contratos sin perjuicio de la observancia del plazo del apartado 5; artículo 160 sobre examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación y artículo 172 sobre supuestos en los que es posible acudir a un procedimiento negociado en contratos de gestión de servicios públicos, no aplicable al caso. (Artículos todos del TRLCSP)

- Tampoco es necesario publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales a que se refieren el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 y el párrafo primero del apartado 2 del artículo 154, ya que se entiende que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación en el "Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la información correspondiente en la plataforma de contratación a que se refiere el artículo 334 o sistema equivalente, todo ello sin perjuicio de la utilización de medios adicionales con carácter voluntario. También los artículos citados son del TRLCSP.

Hay que advertir que las disposiciones sobre las mesas de contratación no se encuentran en el capítulo I del título I del libro III TRLCSP, sino en el artículo 320.1 y ss. de este cuerpo normativo, que expresamente las considera órganos de asistencia de los órganos de contratación de las administraciones públicas, específicamente en materia de valoración de las ofertas.

Por último, como contrato privado, se rige, en cuanto a sus efectos y extinción, por el derecho privado. Sin embargo, en materia de modificación, son de aplicación las normas del Título V del Libro I del TRLCSP.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO Y SERVICIO TÉCNICO DEL ENTE INSTRUMENTAL

La condición de medio propio del ente instrumental debe tener un reconocimiento en los estatutos o en la norma fundacional del ente instrumental. No obstante, hay que decir que sobre este requisito ha operado una cierta matización en relación a los entes instrumentales constituidos antes de la entrada en vigor de la LCSP, en el sentido ya apuntado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, informe 26/2008, de 3 de noviembre, que considera que este requisito se exigirá a las entidades creadas con posterioridad a la LCSP, pero para las entidades creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, se puede entender que se cumple este requisito cuando se desprenda de sus normas de creación, sin perjuicio de que estas entidades puedan optar por adaptar expresamente sus estatutos a la nueva regulación.

Sin embargo, la Ley 3/2007, de 4 de julio, de la obra pública en su preámbulo expone: *"... Asimismo, hay que asegurar que el modelo de contratación de obra pública garantiza la libre concurrencia y la utilización eficiente los fondos públicos..."*

Respecto al requisito de que la condición de medio propio sea idónea, la doctrina ya se ha pronunciado sobre los encargos de gestión en fraude de ley y la falta del requisito de idoneidad del medio propio. En este sentido, es habitual que la Administración encargue a un ente instrumental que tenga la condición de medio propio y servicio técnico, la realización de una prestación aunque no tenga los medios necesarios para realizarla. Se produce, por tanto, la circunstancia de que el ente instrumental se limita a sustituir a la Administración en la posición de entidad contratante y tramitar el expediente de contratación correspondiente del cual resultará adjudicatario un empresario que será el que realmente ejecute la prestación.

Si el ente instrumental sólo sustituye a la Administración en la posición de contratante, sin asumir la ejecución efectiva del encargo, se altera el régimen jurídico aplicable a la ejecución del contrato, y a menudo se incrementan los riesgos de no actuar con el preciso rigor en la licitación y adjudicación del contrato, siendo sin duda más rígidos lo que la Ley prevé para la contratación de las Administraciones públicas.

El criterio de idoneidad consiste en que el medio propio debe ser suficientemente apto para ejecutar el contrato y por ello debe disponer de los medios, tanto personales como materiales, suficientes y idóneos para la ejecución del encargo.

El TRLCSP no establecía el grado de ejecución que el medio propio debía disponer por sí mismo, es decir, no indicaba hasta donde podía, el medio propio, contratar con terceros la actividad que le había sido encomendada por la Administración.

El único precepto que fijó un límite para la subcontratación fue la Disposición Adicional 25ª.6 TRLCSP, dedicado al régimen Jurídico de TRAGSA, en la que se establece que el importe de la parte de la prestación que podía subcontratar con empresarios particulares, tenía que ser inferior al 50% del importe total del proyecto, suministro o servicio.

El Tribunal de Cuentas resolvió que, ante la falta de regulación en el TRLCSP, era conveniente que se estableciera en las resoluciones de los encargos y en los estatutos de los medios propios, unas limitaciones a la actividad que pudieran contratar con terceros con el objetivo de evitar que los encargos se conviertan en un medio propio para evitar el procedimiento de contratación pública. Sobre todo teniendo en cuenta que en el ámbito de las subvenciones públicas hay un límite para la subcontratación de la prestación de la actividad subvencionada (Ley 38/2003 de 17 de noviembre, general de subvenciones).

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) en Circular 4/2015 de 20 de mayo concluyó lo siguiente: *"... que el medio propio no reunía los requisitos de idoneidad y de aptitud necesarios para realizar la prestaciones si tenía que contratar con terceros más del 50% de la prestación."*

De hecho, el Tribunal de Cuentas, en fecha 22 de diciembre de 2016 elevó una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para la utilización de las encomiendas de gestión para las Administraciones Públicas en el ejercicio de su función fiscalizadora. Afirmó que *"...esta nueva forma de gestión ha adquirido dimensión propia y trascendencia suficiente como para que nuestra legislación la aborde como una gestión de las AAPP con sustantividad propia, merecedora de una normativa reguladora que discipline el recurso a estas encomiendas o encargos a medios propios, de forma precisa, clara y garantista, siguiendo la pauta marcada por la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRSJP) en relación con la regulación de los convenios en el capítulo VI de su Título Preliminar..."*

Este mismo informe contiene un apartado específico sobre la idoneidad del medio propio, bajo la rúbrica 2.2.5. *"... En relación con el control de la subcontratación de los trabajos encomendados a los medios propios, destacando:*

2.2.5.3 En definitiva, el riesgo derivado de esta situación consiste en que la administración o el poder adjudicador pueda realizar el encargo a un ente instrumental que carece de medios o de disponibilidad para llevarlo a cabo, a pesar de lo cual se encontraría obligado a realizarlo en virtud de la obligatoriedad del encargo que establece el artículo 24.6 del TRLCSP, estando por ello abocado a la subcontratación, sin aplicar en este caso, cuando el medio propio no tenga la consideración de poder adjudicador, la legislación reguladora de la contratación pública con la misma extensión y rigurosidad que la prevista para el caso de que los poderes adjudicadores hubieran actuado directamente como órganos de contratación, y a mayor abundamiento cuando el encomendante tiene la consideración de Administración Pública a los efectos del TRLCSP y la encomendaria es una entidad sujeta a Derecho privado, como sucede de manera

habitual. La encomendaria actuaría en estos supuestos como una mera entidad intermediaria con cuyo concurso se habilitaría un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sujeto a derecho privado)”