

RECOMENDACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO EN RELACIÓN CON ALERTAS DE IRREGULARIDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. CONTRATACIÓN MENOR. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES INCIDENCIAS COMUNICADAS: FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO, RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, RIESGO DE DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA Y RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

En el BEBG se han recibido varias comunicaciones relativas a presuntas irregularidades en la contratación menor llevada a cabo por una misma Gerencia (en adelante: La Gerencia). Cada una de las comunicaciones recibidas alertaban de irregularidades en diferentes concatenaciones de contratos menores y, en relación con cada una de las mismas, el Buzón Ético dictó las correspondientes admisiones, incoó las pertinentes actuaciones de investigación, comprobación y de análisis jurídico (precisando, en cada caso la legislación vigente según su fecha de formalización y ejecución) que culminaron en las respectivas Recomendaciones. Pero, debido a que todas las comunicaciones se referían, como se ha dicho, a contratos menores impulsados por la misma Gerencia y en todos los supuestos se observó la misma o similar mecánica operativa se resumirán, a continuación, de forma conjunta las diligencias realizadas y las recomendaciones evacuadas a raíz de cada una de ellas para facilitar su lectura. De este modo se procederá: en primer lugar, a describir muy brevemente el objeto de las alertas recibidas (agrupando aquellas que afectan a la misma "serie" contractual tratada) para después, exponer de forma conjunta las irregularidades detectadas por el órgano gestor del Buzón Ético (la gran mayoría de ellas comunes en todos los contratos), y recoger, finalmente, de una manera global las Recomendaciones formuladas para todos los casos analizados.

Reseñar que dentro de las actuaciones de investigación y comprobación practicadas, se encuentran por ejemplo: a) el requerimiento al órgano contratante, entre otra información, la relativa a los expedientes administrativos de todos los contratos afectados para su examen, así como los registros de facturación; b) también se consultaron los informes de control financiero evacuados por la Intervención general del Ayuntamiento durante aquellos periodos de tiempo (entre otros: "Informe definitivo de fiscalización a posteriori sobre expedientes de contratación del Sector XXX del ejercicio 2015", "Informe de control financiero de la Intervención General, Revisión Limitada de contratos menores-2016 del Ayuntamiento de Barcelona"), c) se analizó la naturaleza y duración de la vinculación existente con los contratistas, d) se solicitó de oficio al Registro Mercantil de Barcelona nota informativa registral de las sociedades mercantiles afectadas, e) se analizaron las solicitudes de compatibilidad...

Indicar también que en todos los supuestos analizados se comprobó que: a) la tramitación de los contratos menores era consecutiva; b) las prestaciones realizadas implicaban necesidades sucesivas y reiteradas en el tiempo, con el mismo contenido; c) la acumulación de los contratos menores sucesivos excedía de la limitación temporal de un año y d) que, por razón de su naturaleza, se tendrían que haber integrado en un único objeto, en una unidad operativa o funcional, puesto que existía una unidad en las necesidades a cubrir con la contratación.

Igualmente a raíz de las alertas comunicadas se acabaron constatando las siguientes cuestiones:

COMUNICACIÓN PRIMERA

A partir de la COMUNICACIÓN PRIMERA se llegó a constatar que la Gerencia llevó a cabo varias modalidades contractuales reiteradas **durante 5 años**, con el mismo objeto contractual y que afectaban a una misma persona física. El primero y segundo año mediante la contratación sucesiva de 2 empresas de las que aquella era trabajadora (las empresas compartían el mismo socio fundador y el mismo CNAE⁸⁸). Y, durante los siguientes 3 años mediante adjudicación directa de contratos menores que le fueron adjudicados sin solución de continuidad hasta que se integró en el régimen funcionarial a través del interinaje para prestar servicios dentro de la misma Gerencia contratante, servicios que eran de análoga naturaleza a los que constituían el objeto de los precedentes contratos administrativos citados.

COMUNICACIÓN SEGUNDA

A partir de la COMUNICACIÓN SEGUNDA se llegó a constatar que la Gerencia **adjudicó** 34 contratos menores a una misma persona física durante **ocho años** consecutivos y por objetos de similar naturaleza. Situación que ya había sido constatada no sólo en los Informes de Contratación elaborados conjuntamente por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Personal de Administración de la Gerencia, sino también reiteradamente en algunos de los expedientes de contratación analizados por la Secretaría Delegada de la Gerencia, así como en los Informes de Intervención General correspondientes, y a pesar de ello se continuaban adjudicando.

COMUNICACIÓN TERCERA

Por la COMUNICACIÓN TERCERA se constató que una misma persona física era adjudicataria de numerosos contratos menores, de forma reiterada, sin solución de

⁸⁸ La Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) es un sistema de numeración que tiene por finalidad agrupar y clasificar todas las unidades productoras según la actividad económica que desarrollan. A cada unidad se le asigna un código numérico llamado código CNAE.

continuidad y con objeto de similar naturaleza en diferentes órganos municipales (Gerencia, Distritos, Institutos y otra entidad municipal). Concretamente, en la referida Gerencia fue adjudicataria de cinco contratos menores durante cuatro años seguidos, hasta que se integró en el régimen funcionarial a través del interinaje en de la aludida Gerencia, mientras continuaba siendo adjudicataria de un contrato de Distrito.

COMUNICACIÓN CUARTA

Gracias a la COMUNICACIÓN CUARTA se constató que una misma persona física no funcionaria, era adjudicataria de numerosos contratos menores con dos órganos municipales diferentes, siendo uno de ellos una Gerencia, y que posteriormente esta misma persona fue nombrada asesora de una Tenencia de Alcaldía. Observándose, en los contratos irregularidades como: fraccionamiento irregular del contrato menor (situación que ya había constatado previamente el Departamento de Administración) la falta de los preceptivos informes de necesidad e idoneidad, la falta de justificación de la realización de la prestación del servicio contratado o la orfandad en la determinación y concreción de la prestación objeto del contrato.

Por todo esto, se trasladaron las consideraciones que se expondrán a continuación, precisando la legislación aplicable en cada caso en atención al régimen de vigente en ese momento.

I.I. CONTRATACIÓN MENOR. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR, DEL CONTRATO MENOR

I. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR: Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP (TRLCSP)

A la contratación menor del año 2017, le era aplicable el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP (TRLCSP), publicado en el BOE de 16 de noviembre de 2011 por ser la normativa vigente en aquel momento.

De conformidad con el TRLCSP hay que tener presentes las siguientes previsiones relativas a la contratación menor:

- Consideración del contrato menor: Art. 138.3 TRLCSP: "*Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal*".

En estos importes no se incluye el tipo impositivo del IVA, dada la conclusión segunda de la Circular n.º 3/2008 de 30 de julio del Abogacía General del Estado "*En los umbrales o límites cuantitativos establecidos en el artículo 122.3, párrafo segundo, del citado texto legal (referido a la Ley 30/2017 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público) para determinar si un contrato tiene o no la consideración de contrato menor no se incluye el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido*", este criterio también se acoge en el Informe 26/08, de 2 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado "*debe entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. Por el contrario, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio*".

- **Adjudicación del contrato menor:** Art. 138.3 TRLCSP "*Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111*".

- **Expediente de contratación en contratos menores:** Art. 111.1 TRLCSP "*En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan*". Art. 111.2 TRLCSP "*En el contrato*

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

- **Formalización de los contratos:** Art. 28.2 TRLCSP "Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111" Art. 156.2 TRLCSP "En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 138.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111" (por lo tanto, bastará la aprobación del gasto e incorporación de la factura).
- **Plazo de duración del contrato menor:** Art. 23.3 TRLCSP "Los contratos menores definidos en el artículo 138.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga".
- **Revisión de precios:** Art. 89.2 TRLCSP "2. La revisión de precios no tendrá lugar en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra, ni en los contratos menores. En los restantes contratos, el órgano de contratación, en resolución motivada, podrá excluir la procedencia de la revisión de precios".
- **No sujeción a fiscalización previa:** El art. 219.1 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, dispone que "No estarán sujetos a intervención previa los gastos de material no inventariable, contratos menores ..."

De la normativa expuesta, y vigente en aquel momento, se extrae que las características especiales de los contratos menores son:

- Los contratos no pueden superar los umbrales económicos establecidos en la propia Ley y en el caso del Ayuntamiento de Barcelona establecidos también en la correspondiente Base de ejecución del presupuesto.
- El sistema de adjudicación es directa, sin concurrencia, y por tanto constituye una excepción a los principios generales de la contratación pública.
- No pueden tener una duración superior en un año, ni ser objeto de prorroga ni de revisión de precios.
- El expediente y formalización solo exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente; y en el caso de las obras, además, el presupuesto de las mismas.

Respecto a las características de los contratos menores, a modo de ejemplo, el Informe 19/2013 de 25 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, exponía que: "*El contrato menor, configurado como un procedimiento simplificado en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público, viene definido como aquel contrato de importe inferior a 50.000€, en el caso de contratos de obras, o a 18.000 €, en el resto de contratos, ambos antes de IVA, en los que su precio no puede ser objeto de revisión, ni tener una duración superior a un año, ni prorrogarse, cuyo expediente y formalización sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, y en el caso de las obras además, el presupuesto de las mismas.*

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

II. NORMATIVA DE APLICACIÓN A LA CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017 DE, 9 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

En cuanto a los contratos menores XXX y XXX les era de aplicación la vigente Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En el art. 118 de la LCSP se contempla la regulación de los contratos menores (con las especificidades establecidas para los suministros y servicios que celebren las entidades incluidas en el sistema español de Ciencia y tecnología e innovación -hasta 50.000 euros- según la Disposición Adicional 54^a de la LCSP, incorporada por la Ley 6/2018, de 3 de julio y modificada por el Real Decreto Ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes al ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad) modificado por el Real decreto ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español varias directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

Al expediente de contratación menor XXXX le es de aplicación la redacción originaria del art. 118 de la LCSP, en cambio al expediente de contratación menor XXXX, por ser posterior a 6 de febrero de 2020, le es de aplicación la mencionada modificación del artículo 118.

En su redacción originaria, el art. 118 de la LCSP supuso:

- Una rebaja de los umbrales aplicables para considerar a los contratos como menores:

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

- La exigencia, en la tramitación del expediente del contrato menor, de un informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato:

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

- Obligación de justificar, en el expediente de contratación, que no se está alterando el objeto del contrato para que resulte de aplicación el régimen de contratación de los contratos menores:

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

- Obligación de justificar, en el expediente de contrato menor, que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los umbrales económicos aplicables en los contratos menores:

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

Después de la modificación operada por el Real decreto ley 3/2020, de 4 de febrero, el citado art. 118 de la LCSP quedó redactado en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

Respecto a la duración del contrato, la redacción del art. 28 de la LCSP coincide en los mismos términos con el derogado art. 23.3 TRLCSP: "Los contratos menores que define el apartado primero del art. 118 no pueden tener una duración superior en un año ni ser objeto de prórroga".

El art. 131.3 de la LCSP, que regula el procedimiento de adjudicación de los contratos menores, establece que: "Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118".

El art. 153.2 LCSP, en lo referente a la formalización de los contratos menores, especifica que: "En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo".

Finalmente, respecto a la publicidad de los contratos menores, el art. 63.4 de la LCSP, expone que: "La publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse al menos trimestralmente. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores".

III. FRACCIONAMIENTO DEL CONTRATO

La contratación menor comporta una simplificación y una agilización procedural eficiente y necesaria en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos.

En este sentido, la contratación menor, respecto a los gastos de menor cuantía, resulta más eficiente que la tramitación de un expediente ordinario de contratación; así mismo resulta

más ágil para atender necesidades urgentes de contratación. En esta línea se pronuncia el Informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña: *"Así, la contratación menor, (...) comporta una simplificación y una agilización procedural que hay que calificar de eficientes y, sin duda, necesarias en determinadas circunstancias y para determinadas adquisiciones o aprovisionamientos. Por lo tanto, la finalidad de esta categoría contractual no es otra que posibilitar una satisfacción rápida de determinadas necesidades, a través de un procedimiento ágil y sencillo, dada la escasa cuantía y duración temporal de los contratos mediante los cuales se pretende cubrir"*.

Aun así su aplicación supone la excepción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, así como la inaplicación del deber de salvaguardia de la libre competencia y de selección de la oferta económicamente más ventajosa, recogidos en el art. 1 LCSP, y también supone una falta de encaje en los principios inspiradores de la contratación pública (publicidad y concurrencia entre otros) y del derecho comunitario, que no reconoce expresamente la figura del contrato menor.

Razón por la cual la contratación menor se tiene que restringir al ámbito de su configuración, es decir, debe hacerse un uso restrictivo para atender necesidades puntuales de importe menor y de duración determinada y no utilizar esta tramitación para atender necesidades continuadas, con "parcelación" de las prestaciones, para eludir los principios generales de la contratación pública de libertad de acceso a las licitaciones y publicidad, hecho que supondría un uso fraudulento de la contratación menor.

Efectivamente, en la utilización de la contratación menor analizada se pueden encontrar irregularidades respecto: la superación de los umbrales económicos establecidos, la inobservancia, por parte del contratista, de la capacidad de obrar y la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, la existencia de facturas fechadas con anterioridad a la aprobación del gasto, pero la problemática principal es el fraccionamiento ilícito del objeto del contrato para eludir las normas de publicidad y de concurrencia.

En el artículo 86 del TRLCSP recoge la figura del fraccionamiento del objeto del contrato, diferenciando entre⁸⁹:

- Fraccionamientos irregulares/ilícitos:

El artículo 86.2 del TRLCSP dispone que *"No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan"*.

⁸⁹ En el informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya se señala "Así, de acuerdo con el artículo 86 del TRLCSP, existen fraccionamientos del objeto de los contratos irregulares y no irregulares"...

Este artículo intenta evitar la práctica ilegal de división artificial en diferentes expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el órgano de contratación, y que tiene como consecuencia eludir la aplicación de la normativa contractual aplicable.

- Fraccionamiento no irregular (división en lotes)

El artículo 86.3 del TRLCSP dispone que "*Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.*

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como esta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación".

A diferencia del fraccionamiento irregular, el fraccionamiento en lotes no elude la publicidad y la concurrencia, sino que por el contrario, facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones. Pero, en el caso concreto, a la vista de la utilización de la contratación menor se puede afirmar que no estamos ante la figura de división en lotes.

III. INDICIOS DE FRACCIONAMIENTO IRREGULAR DEL OBJETO DEL CONTRATO SEÑALADOS POR LA DOCTRINA

De acuerdo con la doctrina jurídica emitida al efecto, se relacionan, los posibles indicios, que entre otros, permiten detectar si el fraccionamiento del objeto del contrato es contrario a normativa:

- Coincidencia entre sujeto, objeto y causa

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

Aun así, de acuerdo con el Informe 4/2010, de 29 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa admite que "*El fraccionamiento del objeto de un contrato se produce*

con independencia de que los contratos presuntamente fraccionados se hayan adjudicado a personas diferentes”.

- Necesidades permanentes, previsibles y recurrentes

El Informe 14/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña dispone que:

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

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

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

En esta línea argumental, el Informe 10/2014, de 28 de abril de 2015, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía concluye que:

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

El Informe 4/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares establece que:

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

trmitarse diferentes contratos menores y eludiese las normas más exigentes de publicidad y procedimiento".

Más recientemente el Informe 73/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que recoge el criterio de los Informes 41/2017 y 42/2017 establece: "la forma habitual de fraude consiste en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico".

- Fraccionamiento temporal

El Informe 1/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Baleares dispone que "puede hablarse de fraccionamiento cuando razonablemente se pueda prever que la prestación objeto del contrato tiene que mantenerse durante un periodo determinado que excede del plazo de ejecución o de la duración máxima previstas al inicio de la contratación".

- Valor estimado del contrato

El art. 88. 5 TRLCSP prevé que: "En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.

La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan".

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

- La unidad funcional u operativa

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

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

- Intencionalidad y resultado de la vulneración de normas de publicidad y concurrencia

El Informe 1/2009, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, concluye que existe una relación entre la prohibición de fraccionamiento indebido del contrato, y la unidad funcional: “*existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad*”.

En el Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía se argumenta que el resultado fraudulento se produce con independencia de la intencionalidad del órgano de contratación de evitar o no los principios de la contratación: “*es que la utilización del contrato menor sólo es susceptible de una interpretación estricta, vinculada a su correcta calificación y a la exacta apreciación del presupuesto normativo expresamente contemplado y, por tanto, indisponible para el órgano de contratación, con independencia de la intencionalidad que pueda guiar sus actos. Podría ocurrir que el órgano de contratación no tenga la intención de eludir los requisitos de publicidad y el procedimiento de adjudicación establecidos legalmente; pero lo cierto es que siempre se produce, al igual que ocurre cuando se da tal intencionalidad, ese efecto*”.

IV. FRACCIONAMIENTO IRREGULAR DEL OBJETO DEL CONTRATO

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

Por otro lado hay que tener en cuenta el Informe 1/2009, de 30 de julio de 2009, en lo referente a la contratación sucesiva de un asesoramiento jurídico "*La contratación sucesiva de la misma prestación o de prestaciones similares o análogas, en especial cuando son prestaciones consistentes en el asesoramiento jurídico de un órgano administrativo, que revelan una necesidad del servicio continuada en el tiempo, sin solución de continuidad, como en el caso que se somete a consulta, puede ser una indicación de que el órgano de contratación ha externalizado una función reservada al personal funcionario de carrera de conformidad con las normas que regulan la función pública*.

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

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

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

Efectivamente, aplicado al caso concreto, la contratación sucesiva de la misma prestación revelaba una necesidad del servicio continuado en el tiempo, sin solución de continuidad, que culminó, dada la información ofrecida por el órgano municipal afectado, con el nombramiento de la persona física adjudicataria como funcionario/aria interino/a de conformidad con los procedimientos de selección correspondientes.

Respecto a los efectos del fraccionamiento irregular del contrato menor, sin entrar a hacer un análisis exhaustivo sobre las posibles consecuencias que el ordenamiento jurídico prevé

para los supuestos de fraccionamiento irregular en la contratación menor nos limitaremos, a los efectos pertinentes, a citar aquí la postura seguida por la Junta Consultiva de Contratación de Administrativa de Andalucía en su Informe 9/2009, de 15 de junio: "Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la **nulidad de pleno derecho** a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad".

Por otro lado, el art. 13 del CEC relativo a las pautas de conducta en materia contractual que sus destinatarios tienen que observar establece en sus apartados e, f, g, y h las siguientes:

- "e) **Planificar y programar** adecuadamente las necesidades públicas que tengan que ser objeto de contratación pública para garantizar la máxima eficiencia en el diseño del contrato y en el control de su ejecución.
- f) Velar por el desarrollo de los procedimientos contractuales, de conformidad con los principios y los trámites fijados en la **normativa de contratación y las bases de ejecución del presupuesto**.
- g) Velar por el uso de los procedimientos contractuales que posibiliten una mayor **conurrencia y publicidad**.
- h) Impedir el **fraccionamiento de contratos** con la finalidad de evitar la aplicación del procedimiento de contratación que, en atención a la cuantía del contrato, fuera procedente".

I.II CONTRATACIÓN MENOR. INFORME DE NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO MENOR

La celebración de un contrato menor exige, en todo caso, la tramitación de un procedimiento administrativo. Por lo tanto, la simplificación del procedimiento en la contratación menor no puede implicar la ausencia de los trámites o documentos exigidos en el expediente de contratación.

El art. 1 del TRLCSP, junto con los principios rectores de la contratación del sector público, garantiza que se ha de "asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, 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...", en esta línea el art. 22.1 del TRLCSP relativo a la "Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación" recoge que "Los entes, organismos y 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, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación".

La definición previa de las necesidades a satisfacer es la decisión más discrecional del órgano contratante porque enmarca y condiciona el procedimiento de contratación. En consecuencia, y habida cuenta el articulado expuesto, es exigencia legal que en la documentación preparatoria del expediente de contratación se determine adecuadamente su necesidad y se deje constancia tanto de su naturaleza y extensión como de las necesidades a cubrir por el contrato.

Respecto a la contratación menor, no se exime la obligación de elaborar una justificación suficientemente detallada de la necesidad de contratar, atendiendo así mismo, a que la contratación menor se tiene que restringir al ámbito de su configuración, es decir, a un uso restrictivo para atender necesidades puntuales de importe menor y de duración determinada.

Por otro lado, hay que traer a colación el art. 86 del TRLCSP que especifica que "*El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado*".

En el caso concreto de los expedientes de contratación menor adjudicados a la persona física, hay que observar que:

- Los expedientes de contratación menor del órgano de contratación incluyen informes de necesidad e idoneidad de la autorización del gasto, pero **no se desprende una prestación concreta y determinada**.

- Los expedientes de contratación menor del órgano de contratación **no incluyen informes de necesidad e idoneidad**
- En tres expedientes de contratación **no se ha adjuntado documentación acreditativa** de la prestación del servicio contratado y abonado.

I.III CONTRATACIÓN MENOR. RIESGO DE PRÁCTICAS DE FAVORITISMO O TRATO DE FAVOR

La Guía de Integridad en la contratación pública local recoge que: "La existencia en la legislación española de un procedimiento excepcional como lo es el contrato menor, pone en entredicho los principios generales de la contratación en tanto que:

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

La Oficina Antifraude de Cataluña describe el favoritismo al disponer que: "La noción de favoritismo es una traducción del término "favoritism" empleado en la bibliografía en lengua inglesa para englobar todo tipo de prácticas de parcialidad o trato de favor ilegítimo por parte de un servidor público a determinadas personas o grupos. Comprende prácticas como:

- el nepotismo o parcialidad a favor de familiares,
- el amiguismo o prácticas que favorecen las amistades, o
- el clientelismo o trato de favor a personas o grupos que han aportado donaciones o espaldarazo electoral de algún tipo al partido político gobernante o afín al servidor público que incurre en esta práctica.

Cualquiera de estas prácticas de favoritismo constituye un tipo concreto de abuso de la posición pública en beneficio privado. Por eso, **incluimos el favoritismo dentro del concepto de corrupción política**".

A tal efecto, en el ámbito de la administración pública, al art. 53 de la Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público en lo referente a los principios éticos de los empleados públicos recoge "No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas". Concretamente en el Código ético del Ayuntamiento de Barcelona, aprobado en sesión plenaria, de 30 de junio de 2017, y publicado en el B.O.P., de fecha 13 de septiembre de 2017, se recoge en el artículo 5, entre otros, los siguientes principios éticos:

"e) e) Igualdad: garantizarán la igualdad de trato de todas las personas, evitando toda discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o

convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra circunstancia, y actuando siempre de manera objetiva.

(...)

g) Imparcialidad: actuarán de forma legítima y adoptarán las decisiones con imparcialidad, con garantía de las condiciones necesarias para una actuación independiente con el fin de representar a toda la ciudadanía y no a determinados colectivos o intereses políticos, y no condicionados por conflicto de interés y siempre en beneficio del interés público.

El ejercicio del cargo debe estar al servicio exclusivo de los intereses generales y con vocación de servicio público, sin incurrir en una situación de conflicto de interés, ya sea real, potencial o aparente, y con la obligación de abstenerse de participar en aquellos asuntos en los que concurra algún supuesto legal de abstención o esté en peligro la imparcialidad, tal como se desprende de los imperativos legales.

(...)

i) Integridad: actuarán de acuerdo con los valores, los principios y las normas de aplicación en el ejercicio del cargo público, con ausencia de influencias de intereses particulares, sin uso abusivo de su cargo, para obtener beneficios indebidos.”

Sin entrar a hacer un análisis exhaustivo sobre las posibles consecuencias que el Ordenamiento jurídico prevé para los supuestos de fraccionamiento irregular en la contratación menor nos limitaremos, a los efectos pertinentes, a citar aquí la postura seguida por la Junta Consultiva de Contratación de Administrativa de Andalucía en su Informe 9/2009, de 15 de junio: “*Y es que hay que concluir, como ha hecho reiteradas veces el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 106/2000, de 25 de julio) que la nulidad de pleno derecho a que se verían abocados los contratos menores que supongan un fraccionamiento irregular de sus objetos, no busca sino el restablecimiento de la legalidad y tiene, por tanto, una base objetiva, sin que exija una prueba de intencionalidad*”.

CONSIDERACIONES SOBRE EL RIESGO DE DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

El art. 404 del Código Penal, aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, tipifica la prevaricación administrativa de la siguiente manera: “*A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo*”.

La Jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la subsunción en el tipo penal de la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal en supuestos de fraccionamiento irregular de contratos menores que exceden de una mera irregularidad administrativa.

En tal sentido, es ilustrativa por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª, Melilla), Sentencia n.º 1/2019, de 11 enero (y las que en ella se citan) al pronunciarse sobre: *"la contratación sucesiva con proyección temporal de los mismos Letrados externos a la Consejería de Bienestar Social y Sanidad, durante 10 años, para atender las actividades propias y permanentes del organismo público mediante un encadenamiento de contratos menores"*.

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

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

1ª.-Informes de Necesidad, elaborados por los Directores Generales. Consta la insuficiencia de los medios de la Consejería para atender las funciones que le son propias y que pretendía ser colmadas con los contratos cuya legalidad se cuestiona.

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

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

En definitiva:

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

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

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

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

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

arbitrariedad y la contradicción con el Derecho.

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

Como indica la Sentencia 188/2017 de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1941) del Tribunal Supremo "se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujet a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936) y STS 152/2015, de 24 de febrero (RJ 2015, 819), entre otras)".

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

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

Añade la aludida sentencia que "...El fraccionamiento de los contratos trascendió de la mera

irregularidad administrativa. La arbitrariedad es patente y la actuación conllevó la exclusión de los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia en la contratación pública durante un periodo de tiempo que se prolongó, al menos por lo que se refiere al caso enjuiciado, diez años.

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

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

Como señala la sentencia núm. 323/2017 (PROV 2018, 51866) de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 2ª: "la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Se insiste en que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujet a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre (RJ 2013, 6936), 152/2015, de 24 de Febrero, y 259/2015, de 30 de Abril (RJ 2015, 1720), entre otras)".

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

resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".

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

También es significativo el criterio de la jurisprudencia mayoritaria expresado por la Audiencia Provincial de Málaga, en la sentencia que nos ocupa (y las que en ella se citan) en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del tipo al afirmar que: "En el delito de prevaricación es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. Es decir, el sujeto con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

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

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

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

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

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

No puede considerar violado el citado principio constitucional de legalidad por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni pueden pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992. Muy descriptiva es la STS 235/14, ante un supuesto en el que se alegaba algo parecido, afirma que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso".

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

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

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

En todo caso, tal advertencia no es requisito necesario para que la conducta pueda ser calificada de prevaricación, debiendo atenderse a las circunstancias del caso, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 986/2005, de 21 de julio (RJ 2005, 6729), señala que: "En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica. Se pretendería de este modo que la resolución, pese a su arbitrariedad e injusticia, no fuese punible si se

hubiera omitido tales advertencias. Los recurrentes insisten en la expuesta opinión, evidentemente errónea, porque las advertencias de ilegalidad, a las que el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) no alude, habrán de valorarse, si existen, como elementos añadidos de convicción para la apreciación del dolo en la producción del acto administrativo injusto, sin perjuicio de que su eventual inexistencia pudiera comportar responsabilidad exigible al funcionario omitente de su obligación profesional. En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible".

Respecto a este criterio, resulta especialmente relevante para el caso que nos ocupa (la contratación sucesiva de una persona física) la transcrita conclusión del tribunal cuando dispone: "*En modo alguno puede entenderse condicionada la punibilidad de la conducta arbitraria e injusta a las advertencias de ilegalidad que hubiera debido hacer el funcionario técnico a la autoridad decisoria no técnica*" o a que: "... *Igualmente, es irrelevante la ausencia de la previa advertencia de ilegalidad por los Secretarios Técnicos o del Interventor, a los efectos de apreciar la conciencia de la ilegalidad de la recurrente*", o a que: ... *En cualquier caso, procede reiterar la irrelevancia penal de la omisión de tal advertencia, al menos en el sentido de su inexigibilidad como elemento condicionante del tipo delictivo y de la apreciación de la conducta punible*".

Y esto, por cuanto, el Tribunal llega a aquella conclusión condenatoria a pesar de la existencia de informes de legalidad (evacuados por técnicos y por el Secretario) que avalaban la decisión de formalizar los contratos menores objeto de condena. Siendo esta circunstancia especialmente ilustrativa aquí puesto que, en relación en los contratos menores suscritos con la persona física, existían reiterados informes de legalidad contrarios a dicha práctica contractual llevada a cabo y advirtiendo de los riesgos legales de naturaleza penal y administrativos que podían comportar. En concreto los dictados por la secretaría delegada y la jefatura del Departamento de Administración del órgano de contratación que obran relacionados en el cuerpo de la recomendación extractada.

Continuando con las referencias jurisprudenciales relativas a la concurrencia del delito de prevaricación en supuestos de fraccionamiento irregular de contratos menores encontramos, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, n.º 440/2018, de 25 de octubre. En ella, el Tribunal recuerda que: "... se impone recordar que tal y como señala la doctrina jurisprudencial, entre otras sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2016 ... el bien jurídico protegido -por el delito de prevaricación- estaría integrado por el correcto funcionamiento de la Administración pública, esto es, el ajuste de la actividad pública a lo dispuesto en el art. 103.1 de la Constitución, que impone a los poderes públicos "el deber de servir con objetividad los intereses generales y de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho".

Para que aflore el delito de prevaricación será preciso:

- 1) *El dictado de una resolución por autoridad o funcionario en asunto administrativo.*
- 2) *Que sea contraria a derecho, es decir, ilegal.*
- 3) *Que esa contradicción con el derecho o legalidad pueda manifestarse en la falta absoluta de*

competencia o en el propio contenido sustancial de la resolución, de tal suerte que no pueda ser explicada con una **argumentación jurídica** mínimamente razonable.

4) Que ocasione un resultado materialmente injusto.

5) Que la resolución se dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, consciente de que actúa contra el derecho.

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

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

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

... siendo así que las obras recaían sobre el mismo objeto y eran de ejecución simultánea por parte de la misma empresa. No cabe justificar su conducta aludiendo a la existencia de informes favorables, pues aparte de comprobarse que los mismos son de índole técnica, la jurisprudencia señala que "la ausencia de reparos o control por parte del órgano concernido no borra la arbitrariedad de la resolución, puesto que solo patentiza la falta de efectividad de su fiscalización" y ello sin obviar que, como acertadamente señala el Mº Fiscal, el ámbito de la contratación menor no está sujeta a fiscalización, requiriéndose únicamente la comprobación de la existencia de crédito y la aprobación del gasto".

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

Resulta así adverada la conducta desarrollada por los recurrentes y consiguiente atribución, en la forma que se contiene en resolución impugnada, de la que resulta una omisión del procedimiento

legalmente establecido obviando, a través del recurso a la contratación menor, los trámites esenciales y más estrictos, requeridos por la naturaleza y configuración de la obra, soslayando el procedente procedimiento abierto y con publicidad, con la consiguiente e injusta exclusión de otras empresas.

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

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

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

Dichas nueve contrataciones debieron haber sido tramitadas legalmente, mediante concurso público en lugar de contrato menor, por referirse a unos mismos objetos y tratarse de unidades funcionales. Si no se siguió la tramitación correcta fue para no superar el límite legal del contrato menor de servicios, llegando a superarse en uno de ellos por un céntimo" Ahora bien de estas 25 facturas nueve de ellas superan la mera irregularidad administrativa ... Respecto a estas nueve facturas, los

acusados contravinieron, consciente y plenamente, los principios de la contratación relativos a la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato de todos los ciudadanos, cercenando el logro de un eficiente uso de los fondos públicos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

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

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

El artículo 138 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público dispone que: " 1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo. 2. La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrán seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo. 3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.

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

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

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

La cuestión controvertida es determinar si es necesario que exista un solo contrato o es posible el fraccionamiento en contratos menores. En primer lugar, hay que indicar que solo son exigibles los requisitos literalmente previstos en la ley (actuales artículos 111 y 138.2^a): Como dice el informe de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 38/05, de 26 de octubre de 2005 "con los contratos menores se suprime la realización de determinados trámites y requisitos exigiendo el

cumplimiento de los requisitos imprescindibles. La conclusión a la que llegan los informes 40/1995 de 7 de marzo, 13/96, de 7 de marzo de 1996 y 10/98, de 11 de junio de 1998 es que "Ya celebración de un contrato menor sólo o únicamente requiere los requisitos establecidos en los actuales artículos 111 y 138.2º.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La prevaricación administrativa precisa así de una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los administrados, si bien el delito exige que la resolución resulte arbitraria, en el sentido de que además de contrariar la razón, la justicia y las leyes, lo haga desviándose de la normo praxis administrativa de una manera flagrante, notoria y patente, esto es, que el sujeto activo dicte una resolución que no sea el resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad pues, como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación

administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona.... ". Y continúa diciendo la sentencia citada: "la existencia de la ilegalidad administrativa que el tipo penal impone, asentándose la conclusión en una fundamentación jurídica que resalta que el artículo 122 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, limitaba el sistema de adjudicación directa a aquellos contratos que tuvieran un importe inferior a 50.000 euros, y destacando también la sentencia que conforme con el artículo 74.2 del mismo texto normativo, no puede fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo, eludiendo así los requisitos de publicidad o las exigencias del procedimiento de adjudicación que correspondan".

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

- 1º.-Se fraccionó el importe del contrato que es ajustado al límite cuantitativo del contrato menor.
- 2º.-Se prescindió de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.
- 3º.-Los servicios fueron siempre otorgados a favor de los mismos profesionales elegidos.

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

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

En definitiva, se han vulnerado los principios constitucionales que han de regir la actuación de la Administración y se ha impedido que los administrados puedan concurrir en igualdad de condiciones y con estricta valoración de sus méritos a los servicios ofrecidos por el Ayuntamiento del que es titular el acusado Juan Carlos. Lo que supone, a diferencia de lo que entienden las defensas de los acusados, la producción de un resultado materialmente injusto, como nos dice la sentencia núm. 152/2015 de 24 de febrero del Tribunal Supremo....Y, a propósito del respeto a los principios de publicidad y libre concurrencia nuestra jurisprudencia, por todas, sentencia del Tribunal Supremo 149/2015, tiene dicho que "estos principios no constituyen meras proclamaciones vacías que puedan

saltarse arbitrariamente, sino que determinan las resoluciones que se adopten. Resoluciones que, a estos efectos penales, al adoptarse por personas que mantienen a estos mismos efectos la cualidad de autoridades o funcionarios y recaer sobre fondos públicos, estando condicionadas por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, pueden estimarse, al menos en el estado actual de la jurisprudencia, como resoluciones dictadas en un asunto administrativo, no en sentido jurisdiccional, sino en el sentido de ser susceptibles, cuando se adoptan de forma arbitraria, de constituir el elemento objetivo de un delito de prevaricación".

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

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

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

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

En consecuencia, a la vista de la jurisprudencia referenciada y a la que, a su vez, en ella se cita a los efectos de lo que aquí se trata, adquieren una indiscutible relevancia los informes de legalidad que reiteradamente se han evacuado en la serie contractual analizada puesto que advertían y evidenciaban la irregularidad del fraccionamiento de los contratos menores que la conformaban.

I.IV. CONTRATACIÓN MENOR. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Las reglas sobre el régimen de incompatibilidades en el sector público son una vía para preservar los principios de eficacia, calidad, objetividad, interés general, neutralidad, imparcialidad e independencia de la función pública. Respecto al principio de objetividad, la sentencia 172/1996 del Tribunal constitucional afirma que «*las incompatibilidades de los funcionarios públicos tienden a garantizar la objetividad de su actuación, en evitación de relaciones de dependencia perturbadoras, así como su eficacia, procurando la máxima dedicación a las funciones propias de su empleo o cargo, características aquella y esta predicables constitucionalmente de la actividad de las Administraciones públicas y, por tanto, exigible también de sus servidores (art. 103 CE)*».

En el caso concreto, y en atención en los Acuerdos adoptados por la Comisión de Gobierno en la sesión ordinaria XXX, la persona funcionaria interina tiene autorizada la compatibilidad solicitada entre su actividad municipal y la actividad privada por cuenta propia. Si bien la autorización de la compatibilidad queda condicionada: al estricto cumplimiento de los deberes públicos, a las prohibiciones y otras previsiones que se contienen en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalitat y al resto de normativa de aplicación. En el Preámbulo de la Ley 53/1984 se expone que el principio fundamental de la normativa es “*la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia*”.

El articulado de la mencionada ley diferencia entre:

- la compatibilidad de la actividad pública con un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público (Capítulo III. Actividades públicas)
- la compatibilidad de la actividad pública con una actividad privada (Capítulo IV. Actividades privadas)

A tal efecto, procede concretar el concepto de actividad pública de acuerdo con el artículo 1.1 de la citada Ley que regula que: "*A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria*".

Con el mismo literal se configura la actividad pública en el art. 1 de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalitat. Por otro lado, el artículo 3 de la Ley 53/1984 y el art. 4 de la Ley 21/1987

establecen que: "*En todo caso la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público*". Revisado el portal de trámites del Ayuntamiento de Barcelona, en relación con las instancias para solicitar la compatibilidad, existen dos modelos de instancia:

- Solicitud de compatibilidad para actividades públicas
- Solicitud de compatibilidad para actividades privadas

En atención a los Acuerdos de Comisión de Gobierno expuestos, la autorización de la compatibilidad se refiere a "*Autorizar la Compatibilidad entre su actividad municipal como persona funcionaria interina y la actividad privada por cuenta propia como*".... Dicho esto, no entraremos aquí a valorar la naturaleza pública o privada de las actividades llevadas a cabo por la persona funcionaria y contratada por el órgano municipal después de su toma de posesión como persona funcionaria interina del Ayuntamiento de Barcelona. Y esto por cuanto, nos centraremos en el análisis de un presupuesto previo como es el de las causas de prohibición de contratar ligadas a una causa de incompatibilidad y del conflicto de interés como uno de sus leitmotiv.

En este sentido hay que recordar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se había pronunciado al respecto en varias ocasiones negando la posibilidad de que un funcionario pudiera contratar con la Administración a la que pertenecía. Entre otros en sus informes: 44/03, de 17 de noviembre de 2003. "Incompatibilidades para contratar de funcionarios de la Administración Local y concejales" (Clasificación de los informes: 6.2 Prohibiciones para contratar. Incompatibilidades) i el 16/2002, de 13 de junio de 2002 "Incompatibilidades de funcionarios y cónyuges para contratar con la Administración (Clasificación de los informes: 6.2. Prohibiciones de contratar: Incompatibilidades".

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

Ley de Incompatibilidades procede responder a la primera cuestión suscitada que el cónyuge de un funcionario que presta sus Servicios en la Diputación Provincial de Huesca están incursos, tanto el funcionario como el cónyuge, en la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar con dicha Administración, de conformidad con el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”...

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

Hay que decir que los informes transcritos se fundamentan en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, el tenor del el artículo 60, 1, g) TRLCSP, que se reproduce (a los efectos que nos ocupan), en el vigente artículo 71, g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público perfila y amplía los supuestos contemplados en el artículo 20, e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así, por ejemplo, aumentando el ámbito de los sujetos a los cuales afectará la prohibición de

contratar por incompatibilidad, introduce expresamente la figura del "conflicto de interés" como elemento determinante para extender o no esta prohibición de contratar respecto "... a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero".

Extremo este que tiene que ponerse en relación con lo que dispone su artículo 64 de la LCSP, toda vez que, entre otros: a) impone a los órganos de contratación la obligación de "... tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores". b) Introduce, incluso, la figura del conflicto de interés aparente y c) y comina a todo el que tenga conocimiento de un posible conflicto de interés a ponerlo en conocimiento del órgano de contratación.

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

Sin poder olvidar, en esta misma línea, el objeto y finalidad de la vigente Ley de Contratos del sector Público recogidos en el primer apartado de su artículo 1 "... garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos ... la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia...".

Y en este sentido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 31/15, de 13 de julio de 2017 señala que: "Interpretación de la nueva redacción de las prohibiciones de contratar del art. 61, 1, g). (Ayuntamiento de Alcudia). Clasificación del Informe. 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales. 6.2. Incompatibilidades. 18. Otras cuestiones de carácter general" se afirma, refiriéndose al citado artículo 60 del TRLCSP, que: "... Por lo que hace a los supuestos de incompatibilidades, la norma atiende a cualquier supuesto legal de incompatibilidad y, particularmente, al previsto en el Artículo 12.1. c) de la ley 53/84 de la Ley que

veda a los empleados públicos sujetos a la norma el desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas, sin que la referencia al conflicto de intereses pueda considerarse aplicable a este supuesto, de modo que la mera existencia de la incompatibilidad genera la prohibición de contratar ...".

Y el Informe 16/2014 de la JCCA (Comisión Permanente) también establecía que: "... *La denominada prohibición de contratar por incompatibilidad, a la cual hace referencia la cuestión objeto de este informe, es una de estas prohibiciones de contratar de apreciación automática y directa por el órgano de contratación y, por lo tanto, sólo produce efectos en relación con el ámbito de actuación sobre el cual el órgano de contratación ejerce las funciones que tiene atribuidas en el ámbito de su competencia (3). Por su parte, la normativa sobre incompatibilidades, a la cual remite para su aplicación el artículo 60.1.f del TRLCSP, y, especialmente el artículo 11.1 de la Ley 53/1984, establece que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la ley no puede ejercer actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolla el departamento, el organismo o la entidad en que presta servicios*". Señalando la nota 3 a pie de página referenciada que: "(3) *Este argumento es el que utiliza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 16/2002, de 13 de junio de 2002, y la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia en su Informe 3/2009, de 8 de junio, entre otros, para justificar que la prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la administración contratante...."*

Así mismo, a los efectos de los citados art. 71.1 g) y art. 64 de la Ley 9/2017, atendiendo a la reiteración de contratación, y la posible concurrencia de una causa de prohibición para contratar y de un conflicto de interés entendido como "cualquier situación en la que el personal al Servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación" (art. 64.2 LCSP).

Realizadas las anteriores consideraciones, se evacuaron las siguientes recomendaciones:

RECOMENDACIÓN

Examinada la documentación y la información obrante en los expedientes, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, y atendiendo:

- a) a los indicios de fraccionamiento irregular de la contratación menor por parte de la Gerencia como órgano de contratación detectados en el presente caso.**
- b) a la existencia de prácticas contractuales similares (compatibles con posible fraccionamiento irregular de la contratación menor) por la misma Gerencia.**

c) a que ya en fecha XXX constan advertencias respecto de estas prácticas contractuales en la citada Gerencia y de los riesgos jurídicos y de las responsabilidades que podrían entrañar intermediando el Informe relativo a la "Contratación del año XXX", elaborado en aquella fecha por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Departamento de Administración y Personal de la Gerencia. Hay que recordar que en él se señalaba expresamente dentro de los tres primeros proveedores que facturaron más de 18.000 euros más IVA en contratos menores de servicios.

d) a que también, como se ha dicho, la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona alertaba sobre irregularidades en materia de contratación menor en el ámbito de la Gerencia en su informe de 2016 al cual nos remitimos.

e) a los riesgos de incurrir en responsabilidades de diferente naturaleza (administrativas, contables, penales...) así como a los perjuicios reputacionales que el mantenimiento de estas prácticas contractuales pueden derivar para el Ayuntamiento de Barcelona. En este sentido hay que recordar las consecuencias, entre otras, reputacionales y de imagen generadas a raíz de la publicación del informe del Tribunal de Cuentas (n.º 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de noviembre de 2019 en el cual se evidencian irregularidades como las detectadas.

Desde este órgano gestor del Buzón, en el ámbito del ejercicio del cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas, procede formular las siguientes recomendaciones:

I. Recomendaciones específicas respecto a los expedientes de contratación objeto de la presente investigación:

- Dar traslado de las recomendaciones a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas.
- El análisis y control financiero de los contratos menores objeto de estas recomendaciones por parte de la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona y que a la vista de sus resultados se adopten las medidas legales pertinentes y, de ser el caso, se depuren las responsabilidades, de cualquier tipo, en que se pudiera haber incurrido. Interesando, al amparo de lo que disponen las Normas Reguladoras del Buzón Ético, que del mismo se dé traslado a esta DSA a los efectos de su seguimiento.
- Dar traslado de las recomendaciones a la Secretaría General del Ayuntamiento de Barcelona, en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real

Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

- Dar traslado al Comité de ética del Ayuntamiento de Barcelona por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del código ético en materia de contratación pública (artículo 13, en especial apartados e) a h)) o pudieran comportar un conflicto de interés (artículo 8).
- Dar traslado de las recomendaciones a la referida gerencia, pues según consta en el Informe de control financiero de la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona: "Revisión limitada de contratos menores - XXX" del Ayuntamiento: "...le corresponde al órgano gestor, conocedor de los objetos contractuales, especificar de forma detallada y fundamentada si se han producido o no fraccionamientos contractuales".

II. Recomendaciones genéricas respecto a los expedientes de contratación menor de la Gerencia:

- Que se practique una auditoría en relación con la contratación menor llevada a cabo por la Gerencia, en atención: a) a las consideraciones del Informe de XXX relativo a la Contratación del año XXX emitido conjuntamente por el Departamento de Servicios Jurídicos y el Departamento de Administración y el Departamento de Personal de la Gerencia; b) a los informes de fecha xx y xx de marzo de xx de la Secretaría Delegada de la Gerencia y de la Jefatura del Departamento, y c) a la mecánica operativa que en relación con los contratos menores objeto de análisis en las recomendaciones xxx y xxx se ha puesto de manifiesto por el órgano gestor del Buzón Ético a raíz de las comunicaciones que dieron origen a las mismas, d) al informe del Interventor General del Ayuntamiento de Barcelona de XXX y e) a los informes de control Financiero de los ejercicios XXX y XXX evacuados por la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona, sobre todo, teniendo en cuenta que según parece se han continuado suscribiendo contratos menores similares con posterioridad a los referidos informes y a pesar de las advertencias en ellos contenidas.
- Que, siguiendo el espíritu que inspira el Real Decreto 424/2017 por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, de aplicación (a los efectos que nos ocupan) para el ejercicio 2019, se recomienda que el control financiero de los contratos menores tenga en cuenta o contemple un ámbito temporal más amplio que el estrictamente anual para que puedan ser detectadas con más facilidad prácticas como las que traen causa estas recomendaciones.

- Programación y planificación previa de la contratación para garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos, y el respeto a los principios inspiradores de la contratación pública.
- Programar adecuadamente y planificar con antelación las actuaciones que tienen que llevarse a cabo, "exige la definición previa de las necesidades a cubrir y, a continuación, la elección del tipo de contrato y del procedimiento adecuados que se ajusten a las normas y los principios que regulan la contratación. Se trata, en definitiva, de gestionar los intereses públicos con una programación adecuada". (Informe 4/2010, de 29 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de les Islas Baleares).
- Recurrir a la contratación menor exclusivamente en los supuestos previstos por la normativa.

En esta línea, el Informe 14/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña señala que "*La contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el artículo 86 del TRLCSP, y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor*".

- Establecer y adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, prevenir cualquier riesgo de favoritismo y evitar, detectar y solucionar de manera efectiva los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación, de conformidad con el art. 64 de la LCSP.

Nos remitimos aquí, a las recomendaciones emitidas por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación en relación con la contratación menor en su "Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública en España relativa a 2018" publicado en diciembre de 2019.

Así mismo y de forma especial nos remitimos a las recomendaciones hechas en el Ayuntamiento de Barcelona por el Tribunal de Cuentas en su informe (nº 1.361) "INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN MENOR CELEBRADA POR LOS AYUNTAMIENTOS DE MÁS DE 500.000 HABITANTES, EJERCICIO 2016" de 22 de noviembre de 2019 en la medida que en él se hace expresa mención al Ayuntamiento de Barcelona:

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

- *Establecer en su normativa interna la obligatoriedad de promover la concurrencia en la adjudicación de los contratos menores, cualquiera que sea su importe, bien mediante la publicación de anuncios de licitación, bien solicitando directamente ofertas a un mínimo de tres empresas, salvo cuando las circunstancias concurrentes lo desaconsejen por razón de la inmediatez de la necesidad que se trate de satisfacer.*
- *Adoptar las medidas necesarias para mejorar los sistemas informáticos de registro y tratamiento de los datos relativos a la contratación.*
- *Aplicar en los contratos menores condiciones especiales con el fin de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo".*

Respecto a la importancia de contar con herramientas informáticas que coadyuven a detectar las malas prácticas en materia de contratación menor se pronuncia, en la misma línea apuntada por el Tribunal de Cuentas en el referido informe, la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana en su Manual de Fiscalización.

- En relación con los expedientes de contratación menor se compruebe por el órgano de contratación, la efectiva realización de la prestación contratada y satisfecha, dada la ausencia de documentación en tal sentido en los referidos expedientes de contratación.

- Dar traslado de la presente recomendación al órgano municipal afectado a los efectos pertinentes, entre ellos los preventivos de cara a contrataciones futuras y especialmente por el que respecta a las prohibiciones de contratar en que se pudiera haber incurrido respecto a los contratos menores suscritos con la persona física con posterioridad a su toma de posesión como funcionaria interina del Ayuntamiento de Barcelona y de las medidas legales a adoptar en tal sentido.

Y concretamente, se recomienda al órgano de contratación "... examinar su concurrencia y adoptar las medidas oportunas y esto con independencia de que esta situación derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar" (transcrito del Informe 11/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

- Establecer y adoptar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, prevenir cualquier riesgo de favoritismo, evitar, detectar y solucionar de manera efectiva los conflictos de interés que puedan surgir en los procedimientos de licitación de conformidad con el art. 64 de la LCSP.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

Fruto del traslado efectuado al Comité de ética en los términos acordados en la citada Recomendación evacuada por la DSA (órgano gestor del BEBG) este se pronunció en el sentido siguiente:

- 1.- El Comité de Ética entiende que con la situación detectada en la tramitación de estos expedientes han quedado afectados los preceptos del Código Ético mencionados en los fundamentos de la recomendación y muy especialmente las pautas de conducta en materia contractual para impedir el fraccionamiento de contratos y prevenir los conflictos de interés reales, potenciales y aparentes.**
- 2.- El Comité de Ética recomienda que, a los efectos de garantizar una actuación objetiva, imparcial y ejemplar, las licitaciones del Ayuntamiento de Barcelona respeten escrupulosamente las pautas de conducta para evitar los riesgos de posibles responsabilidades contables, administrativas o incluso penales, así como las reputacionales que puede comportar esta práctica contractual por el propio Ayuntamiento de Barcelona, y que ya puso de relieve la DSA en sus recomendaciones.**
- 3.- El Comité de Ética resuelve dar traslado al órgano competente en materia disciplinaria para incoar procedimiento sancionador al personal de alta dirección de la Gerencia contratante involucrado en las infracciones de las normas de conductas anteriormente enumeradas.**
- 4.- Comunicar esta resolución a Alcaldía, a la Gerencia Municipal y al Secretario de la Corporación.**

II. CONTRATACIÓN MENOR. PERSONAL EVENTUAL. FALTA DE PUBLICIDAD DE LOS CURRÍCULUMS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a posibles irregularidades en la contratación pública de un Instituto Municipal, alertando, entre otros extremos sobre una persona, a la que nos referiremos con las siglas "MM", "... la cual consiguió más de 80.000 euros entre el 2016 y el 2017 con cinco contratos diferentes a título personal y con una asociación a la cual pertenece." añadiendo que: "En la Bienal XX los socios de "MM" en la "Asociación YY⁹⁰" ... se han sacado un buen sobresueldo", que "MM" mantenía una relación sentimental con un

⁹⁰ Las siglas utilizadas en esta ficha no guardan ninguna relación con el nombre de las personas o entidades afectadas y se han utilizado a los únicos efectos de facilitar su lectura a la vez que se preservan todos los deberes y derechos de transparencia y confidencialidad.

cargo político municipal, y que posteriormente fue nombrado personal eventual del Ayuntamiento de Barcelona.

Recibida la comunicación, la DSA efectuó las actuaciones de investigación pertinentes, entre otras: 1) la solicitud, en el Instituto Municipal afectado, de informe y copia completa, foliada y adverada de todos los expedientes administrativos relativos a las contrataciones; 2) solicitud de información a la Intervención General; 3) la visualización y busca de datos en: a) la Gaceta Municipal; b) el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona; c) el Registro de entidades del departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña; 4) el análisis del fondo documental consistente en las noticias aparecidas en los medios de comunicación. También se dio traslado de los hechos comunicados a la persona afectada, abriendo el correspondiente plazo para alegaciones que finalizó sin que se formulara por parte de aquella respuesta alguna.

Resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se constató:

- a) La adjudicación directa de cinco contratos menores a "MM", y cinco contratos menores más, con similar objeto de contratación, adjudicados a la "Asociación YY" de la cual "MM" es socio fundador y ocupa el cargo de Secretario/aria según refleja el Registro de entidades del Departamento de Justicia.
- b) El otorgamiento de tres subvenciones a la asociación mencionada, "Asociación YY", así como el otorgamiento de cinco subvenciones más a una segunda asociación (que denominaremos "Asociación FF") de la cual, "MM" ocupa el cargo de la Presidencia, según evidencia el Registro de entidades del Departamento de Justicia.
- c) Las fechas de incoación y finalización de todos los expedientes administrativos relativos a las contrataciones y subvenciones analizados, excepto el correspondiente al contrato adjudicado a "MM", como persona física, son anteriores a la entrada en vigor de las Normas Reguladoras del Buzón Ético.

Las Normas Reguladoras del Buzón Ético establecen en su Disposición transitoria que estas sólo son "... *de aplicación en relación a las conductas que se lleven a cabo a partir de su entrada en vigor*" que tuvo lugar, según establece su disposición final, el día siguiente a su publicación en el B.O.P., concretamente, el 17 de enero de 2017.

Motivo por el cual el Buzón Ético no pudo entrar a valorar el posible fraccionamiento irregular del contrato dado que se tratan de expedientes anteriores al Buzón Ético. Sin embargo, estos expedientes y contratos se han tenido en cuenta en la medida que evidenciaban la relación de "MM" con la "Asociación YY" pues en todos ellos consta su intervención en calidad de representante legal de la citada Asociación.

Y, respecto al presunto supuesto de fraccionamiento irregular de los citados contratos menores se dio traslado, como más adelante se detallará, a la Intervención General del Ayuntamiento en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas en virtud, entre otros, del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, y el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local.

- d) Respecto al expediente administrativo de contratación posterior a la entrada en vigor de las Normas reguladoras del Buzón Ético, analizadas las facturas a él incorporadas se constata que: 1) los conceptos y las horas presupuestadas por cada uno de ellos no coinciden exactamente con el literal del objeto del contrato ni con el presupuesto establecido; 2) respecto a los informes justificativos de la contratación aparecen informes sin firmar ni datar; 3) tampoco consta, al menos formalmente, evidencia documental justificativa de la efectiva ejecución de uno de los conceptos facturados. Concepto que además no constaba dentro del objeto propio del contrato, y por el cual se le dedicaron más horas incluso que el que sí era objeto del contrato.
- e) Solicitudada la información respecto a los contratos adjudicados y subvenciones otorgadas a MM y a las Asociaciones YY y FF, tanto al Instituto afectado como a la Intervención General, y después de su análisis y comparación, presentaban desajustes tanto en la denominación numérica de referencia como en el texto exacto de los contratos y subvenciones.
- f) Divergencia entre la respuesta aportada por el Instituto Municipal afectado a requerimiento del Buzón ético y el resultado de las diligencias de investigación practicadas en la medida que por cuanto el referido instituto informó: "*No consta ninguna vinculación jurídica (de naturaleza mercantil, laboral, o de cualquier otra naturaleza) de este programa con la persona física ni tiene funciones, ni responsabilidades, ni retribución*".
- g) Confusión entre los programas y proyectos que eran objeto de contrato. Extremo reconocido por el propio Instituto contratante.
- h) Falta de publicación en el Portal de Transparencia del currículum de "MM" a pesar de haber sido nombrado/a personal eventual.

También se detectó la falta de publicación del correspondiente currículo de dieciocho cargos eventuales más.

No obstante, hay que decir al respecto, que el currículum de MM apareció publicado en el Portal de Transparencia después de que, por parte del Buzón Ético, fuera informado de los

hechos objeto de la comunicación origen de las presentes actuaciones y finalizase el plazo de alegaciones conferido. En este consta su relación como Director/a de la Asociación FF, y como socio/a fundador/a de la Asociación YY, así como el ejercicio de docencia en una Universidad.

Hay que decir al respecto que revisado el Portal de Transparencia no constaba la correspondiente autorización o reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de las actividades referenciadas.

Así mismo y también revisado nuevamente el Registro de Entidades del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, en fecha posterior a la finalización del trámite de alegaciones conferido a "MM", todavía aparecía "MM" ejerciendo el cargo de Presidente de la Asociación YY y el de Secretario en la Asociación FF.

Analizada la documentación recibida así como la información obtenida mediante la práctica de las diligencias de investigación correspondientes, el órgano gestor del Buzón Ético realizó consideraciones técnicas y jurídicas respecto a: a) La Normativa de aplicación en los contratos menores del Instituto Municipal afectado; b) A los expedientes administrativos relativos a los contratos menores adjudicados a "MM" c) A los expedientes administrativos relativos a los contratos adjudicados a la Asociación YY de la cual "MM" ostentaba el cargo de Secretaria; d) Al Programa objeto del contrato; e) Al Régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; f) A Las obligaciones de transparencia en relación con la publicación de los currículums; y g) A la obligación de dedicación plena y exclusiva al cargo que atañe al personal eventual. CEC. No obstante, debido a su extensión nos centraremos en esta ficha solo en las consideraciones que se desarrollan a continuación:

1.- CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El artículo 8 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido del EBEP recoge en su apartado 1.^º que "*Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*," y en el segundo apartado establece la clasificación de los empleados públicos:

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

El artículo 12 del RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido del EBEP, define al personal eventual como aquel que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente cualificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados con esta finalidad.

En el apartado quinto del artículo 12 se dispone que "*al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera*".

La regulación de las incompatibilidades se basa en la necesidad de aplicar el principio de dedicación del personal al servicio de las administraciones públicas a un único puesto de trabajo, sin más excepciones que las que pida el servicio público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer la imparcialidad o la independencia.

La normativa de aplicación al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas se encuentra en las siguientes normas:

- Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.
- Ley 21/87, de 26 de noviembre de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

La normativa en materia de régimen de incompatibilidades es asimismo aplicable al personal eventual, lo es en los mismos términos y en las mismas condiciones que al personal funcionario, puesto que el art. 1.2 de la Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración de la Generalitat expone que es de aplicación al personal al servicio de las corporaciones locales y de los entes, los organismos y las empresas que dependen de ellos, sea cual sea su relación jurídica de trabajo.

Hay que tener en cuenta que la regla general en el régimen de incompatibilidades es que el ejercicio de un segundo puesto de trabajo o actividad pública o privada requiere, en todos los casos, la autorización expresa previa, excepto en las consideradas no sujetas al régimen de incompatibilidades (art. 17 Ley 21/87, de 26 de noviembre).

El art. 2 de la Ley 21/87, de 26 de noviembre identifica cuáles son las actividades que se consideran compatibles, y por tanto, que no requieren de autorización:

- La Administración del patrimonio personal o familiar, con las excepciones previstas en el art. 11 de la Ley 21/87 y 330 del ROAS.

- La participación en seminarios, cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios, si no tienen carácter permanente o habitual y no superan las 75 horas anuales.
- La participación en tribunales u órganos de selección para el ingreso en las administraciones públicas.
- La participación en exámenes, pruebas o evaluaciones efectuadas por el personal docente, si son diferentes de las que le corresponden habitualmente.
- El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de las juntas rectoras de mutualidades o patronales de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
- La producción y la creación literaria, artística, científica o técnica y la colaboración en publicaciones, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de trabajo o una prestación de servicios.
- La participación ocasional en coloquios y programas en cualquier medio de comunicación, y la colaboración y la asistencia a congresos, seminarios y conferencias, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de trabajo o una prestación de servicios.
- La realización de trabajos científicos, técnicos o artísticos y el desarrollo de cursos de especialización.

El art. 23 de la Ley 21/1987 de 26 de noviembre prevé que "*el incumplimiento del que dispone esta ley tiene que ser sancionado disciplinariamente, sin perjuicio de la ejecutividad de la incompatibilidad en que se haya incurrido*". En estos mismos términos se expresa el art. 20 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

2.- CONSIDERACIONES DERIVADAS DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA. PUBLICACIÓN DE LOS CURRÍCULUMS.

El artículo 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a la publicidad de las condiciones de acceso dispone que:

"1. La Administración, las instituciones públicas y los organismos incluidos en el artículo 3.1 deben dar a conocer los criterios de acuerdo con los que se designa a una persona para que ocupe un alto cargo. A tal efecto, deben hacer público el currículum con los méritos profesionales y técnicos de la persona nombrada."

Por otro lado, el artículo 5 del CEC señala los principios éticos de acuerdo con los cuales se tiene que actuar en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas, y concretamente en su apartado o) recoge el de transparencia en los siguientes términos: "*Transparencia:*

desarrollarán sus acciones y adoptarán los actos y las decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos de los que son competentes de forma transparente, haciendo públicas las actividades oficiales, actos vinculados a estos asuntos, y ofreciendo la debida información, que tendrá que ser útil, veraz, actualizada, comprensible y, siempre que sea posible, en formatos abiertos y reutilizables". Y, desde el punto de vista preventivo, se tiene que recordar que visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, no aparece publicado el currículum de "MM" a pesar de haber sido nombrado asesor/a desde hace tres años. En este sentido se hace preciso apuntar que visualizada la página de Transparencia tampoco constan publicados los currículums de dieciocho cargos eventuales más.

3.- CONSIDERACIONES DEDICACIÓN PLENA Y EXCLUSIVA AL CARGO POR EL PERSONAL EVENTUAL. CÓDIGO ÉTICO Y CONDUCTA DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

El Ayuntamiento de Barcelona está comprometido con la adopción de medidas que mejoren la confianza de todas las personas hacia las instituciones y sus representantes, velando para garantizar la integridad institucional, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas. Con este objetivo, el Ayuntamiento aprobó el Código Ético y de Conducta, que tiene naturaleza de disposición normativa de carácter general, en cumplimiento del mandato que determina el art. 55.3 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El código recoge los principios éticos y los valores de buena gobernanza que tienen que informar toda actuación municipal y regula las normas de conducta que necesariamente tienen que observar las personas a las cuales es de aplicación, especialmente las relativas a los conflictos de intereses. El código determina los mecanismos y procedimientos para garantizar la efectividad, evaluación e impulso.

El Código se aplica en el Ayuntamiento de Barcelona y a las entidades que mantienen una relación de carácter instrumental o de vinculación, que nos permiten incluirlas en lo que se podría denominar como sector público municipal. Desde el punto de vista subjetivo, el Código también informa las actuaciones y vincula al personal eventual que ocupa lugares de confianza y asesoramiento especial, de acuerdo con las funciones que les sean atribuidas.

De acuerdo con el artículo 3.3. g) del Código Ético es destinatario y está sujeto a este Código el personal eventual destinado al Ayuntamiento y las entidades municipales vinculadas o dependientes de este, que ocupa lugares de confianza o de asesoramiento especial.

Y en aplicación de su artículo 7, relativo a Normas de conducta generales, se establece que:

"El personal eventual y el personal directivo tiene que ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de jefe de otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, salvo:

1. las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades, siempre que no comprometan la imparcialidad e independencia de la función.

2. el ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, siempre que no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada.

Aquellas personas a quienes, excepcionalmente, se les atribuya la dedicación ordinaria o la parcial podrán compatibilizar una segunda actividad, de acuerdo con lo que establece la legislación sobre compatibilidades."

A tal efecto, es necesario mencionar que visualizado el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, concretamente el apartado de "Listas de compatibilidad de Personal" no se encuentra referencia alguna a la autorización de compatibilidad en favor de "MM" para la realización de una segunda actividad compatible con el desarrollo de sus funciones como cargo eventual.

Fruto de las investigaciones practicadas y de las consideraciones técnicas y jurídicas formuladas por el órgano gestor del Buzón Ético se formularon las siguientes recomendaciones:

RECOMENDACIÓN

Una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, de acuerdo con el art. 17 de las Normas Reguladoras del Buzón Ético y Buen Gobierno, procede realizar las siguientes recomendaciones:

Dar traslado a Alcaldía, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, y en especial por lo que dispone la Carta Municipal de Barcelona, el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y la normativa de aplicación del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, a los efectos de comprobación y adopción de las medidas pertinentes respecto a:

- a) la alerta por los indicios detectados sobre una posible infracción en relación con la normativa del régimen de incompatibilidades.
- b) la necesidad de dar cumplimiento al art. 57 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno relativo a la publicación de los currículums del personal eventual, respecto a "MM" y las dieciocho personas eventuales, los currículums de las cuales no aparecen en el Portal de Transparencia a día de hoy.

Dar traslado al Comité de Ética de la presente recomendación, por si los hechos investigados pudieran ser constitutivos de una infracción del art. 7 del Código Ético y de Conducta según el cual "El personal eventual y el personal directivo debe ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, salvo lo siguiente:

1. Las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades, siempre que no comprometan la imparcialidad e independencia de la función.
2. El ejercicio de funciones docentes universitarias retribuidas, siempre que no esté en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, en régimen de dedicación a tiempo parcial y con una duración determinada.

Aquellas personas a quienes, excepcionalmente, se le atribuya la dedicación ordinaria o la parcial podrá compatibilizar una segunda actividad, de acuerdo con lo que establece la legislación sobre compatibilidades".

o) Dado que además de haberse hecho eco los medios de comunicación, consta publicado en la página web del partido político al cual está adscrito MM como cargo eventual, concretamente en el apartado correspondiente a las presentaciones y en relación a MM, que "Actualmente dirijo XXX en el Ayuntamiento de Barcelona, un programa por ...", en tanto que en los expedientes de contratación analizados consta la vinculación contractual de MM con las Asociaciones YY y FF (beneficiarias de las subvenciones y adjudicaciones de contratos objeto de estudio), y puesto que el propio currículum de MM recoge su cargo como Director/a de la Asociación FF (currículum que apareció publicado en el Portal de Transparencia con posterioridad al trámite de alegaciones que se le confirió por el órgano gestor del Buzón ético al comunicarle los hechos objeto de la comunicación origen de las presentes actuaciones), se acuerda dar traslado al Instituto municipal contratante de las actuaciones de investigaciones realizadas a los efectos oportunos puesto que en uno de los informes evacuados a requerimiento del Buzón Ético se pronunciaba sobre la falta de vinculación de MM con el Programa XXX, en los siguientes términos: "No consta ninguna vinculación

jurídica (de naturaleza mercantil, laboral, o de cualquier otro naturaleza) de este programa con la persona física, no tiene funciones, ni responsabilidades, ni retribución”.

Así mismo procede dar traslado al Instituto Municipal contratante en relación con los expedientes de contratación menor, de las incidencias detectadas respecto a la justificación de la ejecución de la contratación, y más concretamente y a los efectos de ejercer un seguimiento esmerado en la ejecución de los contratos, respecto a:

- a) que los informes aportados por la persona adjudicataria se encuentran sin firmar y datar;
- b) que hay una falta de concordancia, al menos aparente, entre el objeto del contrato y el presupuesto, con los conceptos de la facturación.
- c) que falta una relación directa entre el objeto del contrato y la presentación de los informes justificativos por parte de la persona adjudicataria.
- d) que existen indicios relativos a un posible fraccionamiento del contrato.
- o) Sin perjuicio de que el órgano gestor del Buzón Ético no se haya podido pronunciar sobre el posible fraccionamiento de contrato en aplicación de la Disposición Transitoria de las Normas reguladoras del Buzón Ético, habida cuenta las incidencias detectadas, entre otros las referidas al apartado anterior así como la falta de concordancia entre el número de contrato que consta en los cuadros aportados por la Intervención General con el número de contrato de los expedientes del Instituto municipal, el texto exacto del contrato, o la ausencia en el listado proporcionado por la Intervención General de expedientes de contratación menor, se acuerda dar traslado a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona de la presente recomendación a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas en virtud, entre otros, del Real Decreto 128/2018 de 16 de marzo por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, y el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno de las entidades del Sector Público Local, a los efectos pertinentes.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN. ÓRGANO GESTOR DE LA CONTRATACIÓN

Fruto del traslado al órgano de contratación, se realizaron por parte de este las siguientes aclaraciones:

- **Respecto a los desajustes en la denominación numérica y el texto exacto de los contratos y subvenciones entre la información aportada por el Instituto y la de Intervención General, el órgano gestor informó que con relación a los contratos que se corresponderían a los años 2012 y 2013 la discordancia puede ser debida a que hasta el año 2014, el Instituto municipal no dispuso del módulo de SAP común del Ayuntamiento. Anteriormente a esta fecha, disponían de un módulo de SAP propio, que posiblemente Intervención no habría consultado. Por otro lado, que el Instituto dispone de un registro de expedientes que funciona mediante un contador automático que va dando número de expediente correlativo conforme se van abriendo. Este número de expediente incorpora la XXX para identificar. Los expedientes de contratación que se hacen por SAP tendrán el número adicional de contrato. Asimismo informó que en la relación de expedientes que se envió siempre se referencia el número de expediente y no el número de contrato.**
- **Respecto a la confusión entre la información aportada por el Instituto y la extraída de los expedientes de contratación en relación con la denominación y el alcance del objeto de los contratos relacionados con un programa, el Instituto informó que era cierto que se observaba mucha confusión en la referencia XXX en forma de proyecto y programa, tanto en la prensa, como en las facturas incluidas en el expediente.**
- **Respecto a los expedientes XXX, XXX y XXX referidos a un mismo objeto, informó el instituto que sin que la explicación pretenda su validación hay que hacer mención a que la suma del importe de todos los contratos menores efectuados no superaba el límite del contrato menor que en su momento era de 50.000 € (al ser aplicables las IIC).**
- **En relación con los informes sin firmar y fechar, el Instituto informó que efectivamente no se habían encontrado en el expediente y pensaban que no se había efectuado una buena praxis de custodia documental por lo cual los informes firmados y fechados no debieron ser archivados en el expediente. Comprometiéndose a hacer investigación con los responsables del contrato para encontrar los informes y guardarlos dentro del expediente.**

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN. COMITÉ DE ÉTICA

Como consecuencia del traslado efectuado al Comité de Ética, dicho órgano se basó en los fundamentos y emitió las recomendaciones que se exponen a continuación:

FUNDAMENTOS

1. De la lectura del expediente, y con los hechos que han dado lugar al mismo comprobados, se concluye que a la persona afectada le es aplicable, en virtud de su cargo, el artículo 3.3 del Código Ético, y por sus actividades irregulares en uso de aquel, el artículo 7 g) del mencionado Código, según el cual “El personal eventual y el personal directivo debe ejercer el cargo con dedicación plena y exclusiva, sin poder compatibilizar su actividad con el ejercicio de ningún otro puesto de trabajo, cargo, representación, profesión o actividad mercantil, profesional o industrial, de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena...”, incluyendo a continuación las dos posibles excepciones en esta incompatibilidad, que no son aplicables al caso presente.

2. Del mismo expediente y de la situación constatada, se deriva igualmente que a la persona afectada le es aplicable el artículo 5, apartado o) del Código Ético que obliga a la transparencia en el desarrollo de las funciones, obligación que se vulneró con la ausencia de publicación de su currículum aunque a fecha de hoy ya consta subsanado.

RECOMENDACIÓN

1. El Comité de Ética recomienda a la Alcaldía, de acuerdo con sus competencias sobre personal eventual, tomar en consideración las infracciones del Código Ético, en sus artículos 7g) y 5 o), cometidos por la persona afectada, en relación con el régimen de compatibilidades y la transparencia, respectivamente.

2. A la vez, insta a Alcaldía y Gerencia Municipal y a los servicios municipales de contratación del personal eventual de confianza a que den cumplimiento al art. 57 de la Ley 19/2014 del 29 de diciembre, de transparencia, con el acceso público a los currículums de las dieciocho personas eventuales que faltan en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, así como al Código Ético en su artículo 13.

III. CONTRATACIÓN MENOR: PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN MENOR, CRITERIOS Y SUBCRITERIOS DE ADJUDICACIÓN, OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y PRÁCTICAS COLUSORIAS.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a un contrato menor que presuntamente estaba encaminado a beneficiar a una licitadora en concreto, asimismo se exponía la presunta incorrección en la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, contra los cuales se había interpuesto un recurso de alzada que aún estaba pendiente de resolución.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

A. PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LA CONTRATACIÓN MENOR

El art. 1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público consagra la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales como principios a los que necesariamente se tienen que ajustar la contratación pública. Si bien respecto a la figura del contrato menor supone "el decaimiento de tales principios en beneficio del interés público", como se recoge en el Expediente 8/2020 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado:

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

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

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

Debemos recordar en este sentido, que por razón de su escaso valor estimado (inferior a 40.000 euros en el caso de las obras o inferior a 15.000 euros, en el caso de suministros o servicios) los contratos menores pueden adjudicarse a través de un expediente de contratación más sencillo, que en los contratos de servicios suele exigir únicamente un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales, así como la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. Esta tramitación tan escueta refuerza la conclusión de que el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurren múltiples licitadores.

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

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

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

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

Esta preterición de todo procedimiento de licitación, concepto este referido a los elementos que permiten comparar las múltiples ofertas de los licitadores y seleccionar una de ellas, es igualmente característica las sucesivas normas que en el derecho español han regulado el contrato menor como

una figura que nos es característica y que, curiosamente, también goza de vigor en Europa. En efecto, en el ámbito comunitario y a modo de ejemplo, en el Reglamento 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión se contemplan, entre otras cuestiones, los contratos de escasa cuantía, es decir, inferior a 60 mil euros, y los de muy escasa cuantía (inferior a 15 mil), no exigiéndose para estos últimos ningún tipo de publicidad, ni previa ni posterior a su adjudicación ni tampoco la necesidad de solicitar un número mínimo de ofertas a los licitadores. La cercanía de tales figuras con nuestro contrato menor resulta patente.

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

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

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

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

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

En esta línea, refiriéndose también al expediente 8/2020 de la Junta Consultiva de contratación pública del Estado, se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su reciente Informe 6/2021, de 10 de mayo de 2021:

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

...

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

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

Respecto a la publicidad de la contratación menor nos remitimos al literal de la "Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la junta consultiva de contratación pública del estado a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores" del Ministerio de Hacienda:

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

"1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante

deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.. RECOMENDACIONES

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

Hay que observar, que la normativa de aplicación y la posición de las Juntas Consultivas de contratación pública (de la cual son muestra las diferentes resoluciones y recomendaciones anteriormente citadas) establecen, entre otros extremos, que “el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa de contratos públicos, en el que no existe una publicidad previa sobre el mismo ni tampoco un procedimiento competitivo al que concurren múltiples licitadores”. Si bien el contrato menor objeto de esta recomendación fue objeto de publicidad previa a su adjudicación.

B. CRITERIOS Y SUBCRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Respecto a los criterios de adjudicación, el artículo. 145. 5 de la LCSP dispone que:

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

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

En el “DOCUMENTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO” constaban los criterios de adjudicación del contrato menor, si bien en el Informe de valoración de propuestas se introduce la

ponderación de unos subcriterios, que no constan publicados con carácter previo, ni introducidos en el “DOCUMENTO DESCRIPTIVO DEL CONTRATO”.

Respecto a la introducción de subcriterios, citamos en primer lugar la **Sentencia Lianakis. C-532/06, de 24 de enero de 2008, del TJUE**, concretamente los “considerandos” 33 a 45 de la misma, los cuales son del siguiente tenor literal:

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

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

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

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

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

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

38 Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los

licitadores (véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia *Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 99*).

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

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

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

42 En efecto, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.

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

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores. (Véase, en este sentido, la sentencia *ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, antes citada, apartado 32*).

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

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

Por otro lado, respecto al criterio sobre la aplicación de los criterios de adjudicación, la Resolución n.º 1221/2019 del TACRC de fecha 28 de octubre, en el fundamento jurídico undécimo refiere a que:

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

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

La Resolución nº 850/2019, 18 de julio, señala: «Tal subdivisión valorativa no está prevista en el pliego, pero, ya hemos dicho, por ejemplo en la Resolución al recurso 1004/2016, con cita de otras precedentes, que, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE, "... la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atener a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica (del) criterio"».

Asimismo, en la Resolución nº 1027/2018, de 12 de noviembre expusimos que: «Planteada así la cuestión, es inexcusable recordar la doctrina relativa a la posibilidad de que por parte de la mesa de contratación se establezca una puntuación desglosada respecto de los subcriterios contemplados en el PCAP cuando en este documento no se ha fijado dicha puntuación concreta. A tal respecto, cabe citar nuestra Resolución nº 17/2015, donde indicábamos: "La situación descrita respecto de la valoración de las ofertas es equivalente a la que fue enjuiciada por el TJUE en el asunto C 532/06 (Alexandroupolis), resuelto mediante sentencia de 24 de noviembre de 2008. En efecto, en aquel asunto tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones. No obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijo a posteriori los coeficientes de ponderación de los subcriterios. El tribunal concluyó: 'El artículo 36, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, interpretado a la luz del principio de igualdad de

trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación'. Ello no obstante, la propia sentencia deja a salvo la doctrina que el propio Tribunal mantuvo en STJUE de 24 de noviembre de 2005 en el asunto C 331/04 (ATI EAC y Viaggi di Maio), cuyo apartado 32 dispone: '32. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales que los artículos 36 de la Directiva 92/50 y 34 de la Directiva 93/38 deben interpretarse en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previo para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión:

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

En esta línea de razonamiento, en la Resolución nº 654/2017 señalábamos que en la valoración de los criterios de adjudicación en los que no se haya de atender a la aplicación de fórmulas, la discrecionalidad del órgano de contratación para valorar se encuentra limitada entre otras por la necesidad de sujetarse para ello al contenido y naturaleza del propio criterio de adjudicación. Significa ello que no es posible para proceder a la valoración tomar en consideración elementos de juicio que no puedan ser subsumidos bajo la formulación genérica del criterio. Teniendo presente lo anterior, la clave para resolver la controversia planteada en el presente recurso radica en determinar si la concreción de subcriterios y determinación de la ponderación de éstos realizada en el informe de valoración y posteriormente acogida por la mesa de contratación se acomoda a la descripción del criterio sentada por el pliego, respetando los límites sentados por la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2005 previamente citada. Dicho de otro modo, se trata de determinar si los aspectos objeto de consideración por el comité de expertos para valorar los subcriterios en cuestión pueden considerarse o no como posibles elementos integrantes de los criterios generales expresados en el pliego.

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

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

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

"Los criterios a que se refiere el apartado 1 que han de servir de base para la adjudicación del contrato se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento

descriptivo, y deberá figurar en el anuncio que sirva de convocatoria de la licitación, debiendo cumplir los siguientes requisitos:

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

De la simple lectura de este precepto se deduce, de una parte, la necesidad de que los criterios de adjudicación se definan de manera objetiva y con un grado de concreción suficiente como para poder afirmar que no confieren al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. Por ello, el grado de concreción exigible a los Pliegos es aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los Pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios. En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de criterios sujetos a juicios de valor la descripción será siempre y necesariamente subjetiva, pues en otro caso estaríamos ante criterios evaluables mediante fórmulas.

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

Pues bien, por lo que se refiere a la concreción exigible a los pliegos, la doctrina de este Tribunal ha señalado (Resolución nº 324/2017, de 6 de Abril de 2017 o Resolución 612/2015, de 6 de julio, entre otras) que "Los principios rectores básicos de la contratación pública exigen que tanto la descripción de los criterios de adjudicación como la determinación de las reglas de ponderación de los mismos queden fijados con el necesario nivel de concreción en los pliegos, permitiendo a los licitadores

conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que ríjan la valoración de sus ofertas y evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración, cuyos parámetros no pueden quedar discrecionalmente en manos de la mesa de contratación.

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

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

De lo anterior se deduce que el grado de concreción exigible en los pliegos es aquel que permite a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta que se ajuste a la relación calidad precio determinada por el órgano de contratación, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta discrecionalidad a la hora de ponderar las ofertas efectuadas por cada licitador, sino que esa discrecionalidad ha de basarse en todo caso en juicios técnicos previamente explicados en los pliegos, lo que permitirá, por un lado, que los licitadores efectúen sus ofertas de forma cabal, garantizando el principio de transparencia e igualdad de trato y, por otro lado, que sea posible revisar la solución alcanzada por el órgano de contratación, no dejando a su absoluto arbitrio la aplicación de tales criterios»

Sin embargo no puede obviarse la jurisprudencia evacuada en relación con el momento procesalmente adecuado para formular la impugnación. Citaremos la **Resolución nº 855/2018 del TACRC**, con cita de la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001** en tanto en cuanto, entre otros extremos, refería: “*Nulidad de los pliegos por no hallarse definidos en los mismos los subcriterios en que se componen los criterios de adjudicación definidos en la cláusula 10ª del PCAP. A su juicio, se han introducido subcriterios de forma novedosa y que no estaban comprendidos en los pliegos*”, el Tribunal se pronunció en el fundamento jurídico sexto en este sentido:

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

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

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

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

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

o contra los actos previos que constituían realmente el verdadero objeto del recurso, tal como ocurre en el caso presente en el que, si bien se recurre formalmente contra el acto de adjudicación, realmente se está recurriendo extemporáneamente contra los Pliegos contractuales que no fueron en su día objeto de recurso alguno”.

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

C. OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE DICTAR RESOLUCIÓN EXPRESA.

Respecto a la falta de tramitación y resolución del recurso de alzada al que alude la comunicación, origen de las presentes actuaciones, a raíz de las diligencias practicadas por el órgano gestor del Buzón Ético, el órgano de contratación detectó una disfunción en su presentación mediante el registro electrónico del Ayuntamiento de Barcelona.

A tal efecto hay que recordar que el art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones recoge la obligación de la Administración de dictar resolución expresa:

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

Obligación sobre la que se ha pronunciado de manera reiterada la jurisprudencia. Nos remitimos en este sentido, a modo de ejemplo, al fundamento jurídico segundo in fine de la sentencia n.º 586/2020 del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo:

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

Por otro lado, y como correlación de la obligación de resolver expresamente, los art. 35 y 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre recogen la motivación de los actos administrativos, a tal efecto, se cita la sentencia 2414/2012 de 4 de abril, de la Sala Tercera del Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que en su fundamento jurídico segundo, adhiriéndose a los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia recurrida, dispone:

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

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

Finalmente, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2010 que conecta el deber de motivación con el derecho de la ciudadanía a una buena administración:

"(...) 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 llena 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 arbitrariedades 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 consagrarse el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004. El deber de motivación de las administraciones públicas se conecta con el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros de la Unión Europea, recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones."»

D. PRÁCTICAS COLUSORIAS

El principio de no discriminación e igualdad de trato entre las licitadoras se encuentra recogido en el art. 1 de la LCSP así como en el art. 132 del mismo texto legal. En este último se especifica que:

"1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia (...)".

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 lo tanto, que estos estén sometidos a las mismas condiciones. Es por eso 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).

En esta línea, el principio de igualdad de trato implica, no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una licitación, sino también que los órganos de contratación tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar su mantenimiento durante todo el procedimiento de contratación.

Por otro lado, el derecho de competencia tiene como objetivo asegurar que las empresas tienen que concurrir entre sí de manera independiente y autónoma respecto al resto de licitadoras. Por lo tanto, a sensu contrario, la restricción de la libre competencia se define como la limitación de la libertad de actuación de una empresa en el mercado.

El art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia define el concepto de conductas colusorias en los siguientes términos:

"Artículo 1. Conductas colusorias

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

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

Por otro lado, el art. 150.1 in fine de la LCSP, dispone respecto las prácticas colusorias, que:

"En los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren cualquiera de las entidades sujetas a la presente ley, si se apreciasen indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación en tramitación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el órgano de contratación, de oficio o a instancia de la mesa de contratación, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente con el fin de que, en el plazo de 20 días hábiles, emita un informe sobre el carácter fundado o no de tales indicios.

El traslado a que alude el párrafo anterior deberá incluir una explicación detallada sobre los indicios detectados y sobre las razones para considerar su carácter presuntamente colusorio e irá acompañado del expediente de contratación, incluida la totalidad de las ofertas presentadas por todos los licitadores, sin perjuicio del deber de confidencialidad previsto en el art. 133 LCSP. La autoridad de defensa de la competencia podrá solicitar documentación adicional al órgano de contratación siempre que guarde relación con los indicios mencionados en la remisión. En este supuesto, deberá ponerse la documentación requerida a disposición de la autoridad de competencia en un plazo máximo de 3 días hábiles.

La remisión de esta documentación a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente supondrá la inmediata suspensión de la licitación, la cual no será notificada a los licitadores ni tampoco será objeto de publicación. El órgano de contratación deberá mantener en todo momento la debida confidencialidad de estas actuaciones.

Una vez recibido el informe de la autoridad de competencia, si el mismo no concluye que existen tales indicios fundados de conductas colusorias, el órgano de contratación dictará resolución alzando la suspensión, que tampoco será objeto de notificación ni publicación, y continuará con la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de que el informe condujese que existen indicios fundados de conducta colusoria, el órgano de contratación notificará y publicará la suspensión y remitirá a los licitadores afectados la documentación necesaria para que en un plazo de diez días hábiles aleguen cuanto tengan por conveniente en defensa de sus derechos. El órgano de contratación cuidará de que los licitadores afectados reciban toda la documentación necesaria para el ejercicio de su derecho, pero sin revelar aspectos de las ofertas del resto de licitadores, si ya se hubiesen presentado, y con respeto al deber de confidencialidad previsto en el artículo 133 de esta ley. Una vez evacuado este trámite, el órgano de contratación podrá recabar de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente los informes que juzgue necesarios para resolver, que deberán ser emitidos en el plazo improrrogable de 3 días hábiles. A la vista de los informes obrantes en el procedimiento, de las alegaciones y pruebas de los licitadores afectados y de

las medidas que en su caso estos acrediten haber adoptado para evitar futuras infracciones, el órgano de contratación resolverá de forma motivada lo que proceda en el plazo de 10 días hábiles.

Si el órgano de contratación resuelve que existen indicios fundados de conductas colusorias excluirá del procedimiento de contratación a los licitadores responsables de dicha conducta y lo notificará a todos los licitadores, alzando la suspensión y continuando el procedimiento de contratación con los licitadores restantes, si los hubiere. Si resuelve que no existen indicios fundados de conducta colusoria, alzará la suspensión y continuará la tramitación del procedimiento de contratación sin la exclusión de ningún licitador por este motivo.

En caso de no recibir el informe de la autoridad de competencia en el plazo de 20 días hábiles, el órgano de contratación podrá acordar continuar con la tramitación del procedimiento o iniciar el procedimiento contradictorio establecido en este apartado. En este último caso, si el órgano de contratación recibiera el informe de la autoridad de competencia antes de haber dictado su resolución, no procederá acordar la exclusión de ningún licitador cuando dicho informe no concluya que existen indicios fundados de conducta colusoria. Igualmente, si el órgano de contratación recibiera el informe en el mencionado sentido una vez dictada la resolución que acuerde la exclusión de algún licitador, podrá revocar dicha resolución si así lo considera procedente siempre que aún no se hubiera adjudicado el contrato.

El órgano de contratación comunicará la resolución de adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, por medios electrónicos el mismo día en que se acuerde. Esta comunicación hará decaer cualquier solicitud de informe que no hubiera sido atendida hasta esa fecha, no pudiendo las autoridades de competencia emitir el informe a partir de ese momento”.

En este mismo sentido se pronuncia el TACRC en su resolución 466/2019, de 30 de abril de 2019, extracto de la cual se reproduce a continuación:

“Pero cuestión distinta es que varias empresas, independientemente de que se trate de un grupo, se hayan concertado previamente para influir en el resultado de esa licitación, efecto que es contrario al principio de libre competencia. Pero, para ello, resulta necesario que se acredite que existen vinculaciones entre ellas de tal gravedad que puedan suponer la existencia de una sola unidad de negocio. No se admite la posibilidad de la exclusión automática de un licitador por la existencia de este tipo de indicios, sino que será necesario que se pongan de manifiesto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), al objeto de que decida si efectivamente esos indicios pueden ser o no constitutivos de práctica colusoria y, con su decisión, será finalmente el órgano de contratación el que deberá adoptar la decisión correspondiente.

El punto de partida normativo para ello, se encuentra dentro del art. 57.4, d) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, donde se establece que los poderes adjudicadores pueden excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando “tenga indicios bastante plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. Y la constatación de esos indicios, ha de venir necesariamente de acuerdo con la LCSP, de la CNMC, tal y como resulta

de lo dispuesto dentro del art. 132.3 de la LCSP, donde se dispone lo siguiente: "Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

...

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

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

RECOMENDACIÓN

I. El órgano contratación licitó el contrato con publicidad previa en la plataforma de contratación de la Generalitat de Cataluña, para que las empresas interesadas pudieran presentar propuesta, yendo más allá de las exigencias legales establecidas para la contratación menor. A tal efecto, hay que observar que concurrieron seis empresas a la licitación.

II. Respecto a la falta de respuesta del escrito de interposición de recurso de alzada contra el acuerdo de adjudicación del contrato menor, y dado el reconocimiento de una disfuncionalidad en el registro electrónico, detectada a raíz de las diligencias de actuación llevadas a cabo por el órgano gestor del BEBG, se recomienda al órgano de contratación que proceda a realizar un informe sobre la disfuncionalidad detectada, y dé traslado al organismo competente para su conocimiento y sobre todo por si esta disfuncionalidad pudiera ser extensiva a otros departamentos.

Así mismo, dado el compromiso de pronunciamiento por parte del órgano de contratación respecto al recurso de alzada interpuesto, procede solicitar el impulso procedente para su tramitación y resolución expresa, incidiendo en el requisito de su motivación de acuerdo con la normativa de aplicación y la jurisprudencia vertida al respecto.

III. Respecto a la manifestación de la persona comunicante sobre la presunta existencia de prácticas competitivas irregulares, y la documentación aportada respecto a la presunta vinculación laboral entre la persona física adjudicataria y la empresa se da traslado de esta información al órgano de contratación por si fuera relevante en el ámbito de su competencia y de acuerdo con lo que establecen los artículos 1 y 132 de la LCSP.

IV. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO EXIGENCIA DE AJUSTARSE A LOS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS

En el BEBG se recibió comunicación respecto a una presunta irregularidad en la adjudicación de un contrato de servicios siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad. En concreto, en un debate en la Comisión de Economía y Hacienda, se decidió no prorrogar este contrato puesto que se consideró que no se había ajustado a la normativa aplicable vigente⁹¹, y que su facturación era desproporcionada.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. El artículo 170 apartado d) del TRLCSP indica lo siguiente:

"Supuestos generales

En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse intermediando procedimiento negociado en los siguientes casos:

d) Cuando por razones técnicas, o artísticas, o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo puede encomendarse a un empresario determinado".

En el Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña (Comisión Permanente). Asunto: Adjudicación de contratos mediante procedimiento negociado sin publicidad, por razones técnicas o artísticas en sus consideraciones jurídicas manifiesta lo siguiente:

"Cómo es sabido, la adjudicación de los contratos se tiene que realizar, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de forma que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente se puede utilizar en los supuestos enumerados taxativamente en el TRLCSP, los cuales tienen que ser objeto de interpretación restrictiva. El TRLCSP establece supuestos generales de aplicación de este procedimiento (artículo 170) y, además, supuestos específicos para cada tipo de contrato (artículos 171 a 175), entre los cuales se encuentra el relativo al hecho que el valor estimado del contrato esté por debajo de un determinado umbral que en el caso de los servicios es, 100.000 euros, teniendo que ser objeto de publicidad cuando superen los 60.000 euros.

Así, la concurrencia de uno de los supuestos previstos en el TRLCSP, generales o específicos, habilita por sí misma, para utilizar este procedimiento, sin que el requisito de la cuantía del contrato tenga

⁹¹ La normativa vigente aplicable a los hechos comunicados era el RDL 3/2011, de 14 de noviembre

que concurrir de manera adicional. Por lo tanto, en el caso concreto de utilización del procedimiento negociado por concurrir la causa establecida en el artículo 170 d) del TRLCSP requiere que se den razones técnicas o artísticas que comporten que el contrato solo pueda encomendarse a una empresa determinada, con independencia de su cuantía.

El artículo 170 d) del TRLCSP habilita la utilización del procedimiento negociado sin publicidad "cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo se pueda encomendar a un empresario determinado". Esta causa tiene su origen en el derecho comunitario en materia de contratación pública, en concreto, en el artículo 31.1 b de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE que mantiene la previsión y la regula con más concreción.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado tiene que ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por un lado que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otro lado, que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada⁹²

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado, entre otros, en el Informe 11/04, de 7 de junio, en el cual indica que el precepto que la prevé "no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad" de adjudicar el contrato directamente a un empresario sino que, taxativamente, dispone que procederá cuando (solo se pueda encomendar a un único empresario"; y, en el Informe 52/06, de 11 de diciembre, en el cual señala que lo que es decisivo es que exista un único empresario a quién pueda encomendarse la ejecución del contrato, "siendo motivo indirecto y remoto que esto sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos exclusiva".

Por lo tanto, la circunstancia esencial para aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del TRLCSP es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica artística o de derechos de exclusiva (de forma que sea innecesaria la licitación del contrato, puesto que no existe posibilidad de promover la concurrencia.

Además, es necesario tener en cuenta que esta causa de utilización del procedimiento negociado no solo implica una restricción de la concurrencia y de la publicidad, sino también de la propia regla establecida en la TRLCSP relativa a la necesidad de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas

⁹² Así se determinó en la Sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), en la cual el TJUE declaró el incumplimiento del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho comunitario en materia de contratación pública al exigir, en la legislación básica de la Seguridad Social, que la Administración adjudicara por procedimiento directo, sin publicidad ni concurrencia, los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social. Según el TJUE no es suficiente que los productos y especialidades farmacéuticas estén protegidos por derechos exclusivos, sino que, además es necesario que únicamente se puedan fabricar o entregar por un proveedor determinado, por lo tanto, que se trate de productos y especialidades para los cuales no exista competencia en el mercado. Posteriormente, se reiteró en la Sentencia de 14 de septiembre de 2014 (asunto C-385/02), y la sentencia de 2 de junio de 2005 (asunto C-394/02).

capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que esto sea posible. Es justamente por este motivo que se tiene que utilizar en circunstancias muy excepcionales que deben motivarse y acreditarse suficientemente en el expediente de contratación.⁹³

De hecho, el órgano de contratación es quien tiene que asumir la carga de la prueba conforme concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto, no siendo suficiente, por su propia excepcionalidad, la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es la única que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación, intermediando, en su caso, los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad.⁹⁴

En todo caso, la exclusividad por motivos técnicos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad no se encontraría justificada cuando fuera consecuencia de unas especificaciones técnicas definidas porque el contrato solo se pudiera adjudicar a una determinada empresa, en la medida que se exigieran unos requisitos que solo pudiera cumplir una única empresa o profesional, cuando existieran soluciones equivalentes en el mercado.⁹⁵

Actualmente, el artículo 32.2b) de la Directiva 2014/24/UE prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o se tengan que proteger derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones "solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación".

⁹³ Así, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en la Resolución 75/2012, de 12 de julio, indica que su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, y que, en caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho.

⁹⁴ El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (de ahora en adelante, TACRC) en la Resolución 504/2014, de 4 de julio, establece que es necesario incorporar en el expediente de los contratos adjudicados por procedimiento negociado por razones de exclusividad un certificado emitido por un técnico independiente de la empresa adjudicataria, en el cual se acredite efectivamente que esta es la única que puede realizar el objeto del contrato. Así mismo, se indica por el Tribunal de Cuentas en el Informe 1011, de 23 de diciembre de 2013, de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que, de acuerdo con la Ley de contratos del sector público, tienen la consideración de administraciones públicas.

⁹⁵ En el Informe 15/2012, de 30 de noviembre, respecto de la utilización del procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del TRLCSP para la adquisición de una determinada vacuna, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya señaló que las razones técnicas no se dan cuando se descarta otra vacuna que tiene una funcionalidad equivalente, a la vez que se definen unas especificaciones técnicas por referencia a un producto sujeto a patente; y que, por lo tanto, si desde el punto de vista técnico se da la equivalencia, nada tiene que impedir la concurrencia efectiva de varias propuestas de producto equivalentes y la articulación jurídica de la contratación se tiene que corresponder con la apertura del mercado a través de uno de los procedimientos ordinarios de contratación.

En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; que las excepciones se tienen que limitar a los casos en que la publicación no sea posible, dado que "no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato"; y que este es el caso de las obras de arte en que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del mismo objeto artístico. Así mismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que "únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicidad", y siempre que "no haya sido creada por el propio poder adjudicador en orden al futuro procedimiento de contratación"; y que "los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción tienen que motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional"⁹⁶

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones hay que citar "la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico logre los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico", y que "pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que tengan que cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse".

En definitiva, la adjudicación de un contrato al amparo del artículo 170 d) del TRLCSP fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurre una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos los cuales ya se conoce que solo se pueden cumplir por una empresa determinada".

También enumeramos las siguientes resoluciones:

Resolución 195/2017 Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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

⁹⁶ *En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del estado en el informe 35/06, de 30 de octubre, ya afirmó que el ámbito territorial de la exclusividad depende del objeto del contrato y que "lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuado y suficiente, se justifique la existencia de un único empresario que pueda realizar el objeto del contrato, sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad".*

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

A continuación, se transcriben las partes más importantes de la resolución:

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

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

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

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

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

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

Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012 de 12 de julio de 2012.

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

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

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

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

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

A la vista de cuanto se ha expuesto, resulta claro que el procedimiento adecuado para la adjudicación del contrato no era el procedimiento negociado sin publicidad y mucho menos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 170 d) del TRLCSP, es decir, "cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado".

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

En definitiva, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incorpora a nuestro ordenamiento las directrices de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra, de suministro y servicios- y posteriormente, el vigente (en el momento en que se efectuó la recomendación ahora extractada) TRLCSP establece los supuestos tasados en que se puede ir al procedimiento negociado.

En este supuesto nos encontramos con que el órgano de contratación se amparó, al utilizar el procedimiento negociado sin publicidad previa, en la existencia de un único empresario al que encomendar la ejecución del contrato. En este supuesto que se recoge en el artículo 170 d) del TRLCSP se exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad puesto que esto comporta no solo restringir la libre concurrencia, respecto a los procedimientos ordinarios abiertos y restringidos, sino que se prescinda también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado.

El artículo 178.1 del TRLCSP, establece como regla general que en el procedimiento negociado se han de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que sea posible. No obstante, para esta regla general, hay una excepción en el apartado d) del artículo 170 del TRLCSP, esto es, que sea un único empresario quien pueda ejecutar el contrato.

Volviendo al contenido de la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2012 de, 12 de julio de 2012, se concluye lo siguiente:

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

La interpretación de este precepto normativo es coincidente tanto en las Juntas consultivas de contratación pública como en la jurisprudencia que hemos citado y podemos **resumirlo** en que el **procedimiento negociado es un procedimiento de adjudicación de los contratos excepcional, en relación con los dos procedimientos ordinarios, el abierto y el restringido**, regulados en el artículo 138.2 del TRLCSP y 26.2 de la Directiva de Contratación. (Este carácter de procedimiento excepcional ya se predicaba en las Directivas 93/36 (considerando 12) y 93/37 (considerando 8). Solo pueden ser utilizados en los supuestos **legalmente establecidos, y estos casos tienen que ser** interpretados restrictivamente (Dictamen motivado de la Comisión CE contra España 2014/2008, de 27 de noviembre de 2008; STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-561/12). También hay que indicar que los supuestos legales **deben ser interpretados de forma restrictiva** y estricta puesto que afectan a los principios de concurrencia y eficiencia. Citamos a título de ejemplo la sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2013 (rec. 1749/2010).

La Directiva 2014/24 de contratación destaca el carácter absolutamente excepcional de este procedimiento, muy especialmente cuando no se efectúa publicidad, y matiza los supuestos en los que hay que utilizarlo en su considerando 50:

"En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más

competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero sólo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación".

En el expediente de contratación de la prestación de servicios del periodo en XXX se presentaron dos empresas hecho que evidencia la concurrencia en el mercado de otras posibles licitadoras con capacidad para la prestación del servicio objeto del contrato, **dejando huérfana de justificación la argumentación de exclusividad de la adjudicataria del primer contrato y por tanto de la modalidad contractual empleada en aquel momento.**

II. Es obvia la necesidad e idoneidad de remarcar la fase de preparación del contrato a fin de minimizar el riesgo de contaminación de cualquier trámite del proceso. Desde la óptica de la transparencia y la integridad en los procedimientos de contratación, las actuaciones de elaboración de los proyectos, los estudios y los pliegos de condiciones técnicos y administrativos, pueden ser determinantes para la adjudicación del contrato y esenciales para que el contrato cubra la necesidad u objetivo que se pretenden satisfacer con el mismo y garantizar así su correcta ejecución. Es esencial la necesidad de orientación u experiencia suficiente en la fase preparatoria del contrato, que es en la que se puede determinar una solución técnica que cumpla, con la máxima rigurosidad, con las condiciones de igualdad y concurrencia necesarias en todo procedimiento de contratación administrativa.

Como complemento de lo mencionado en el párrafo anterior hay que destacar la necesidad real para satisfacer el interés general que justifica celebrar cada contrato, acreditando que la que se propone es la forma más eficiente e idónea para cubrir la necesidad correspondiente. El deber de motivación, y en general el carácter formalista de la contratación Administrativa, garantiza la legalidad y la justificación de la necesidad e idoneidad de un contrato con la premisa de la eficiencia de la contratación, una acción básica, fundamental y precisa del principio de buena administración.

RECOMENDACIÓN

- Que se vele para adoptar los mecanismos necesarios en la fase de preparación de los contratos para procurar la máxima adecuación de los procesos de adjudicación previstos en cada uno de los expedientes de contratación pública a fin de garantizar la pública concurrencia y la libre competencia.**

- Asegurar la motivación y valoración de la necesidad e idoneidad del contrato no siendo una mera exigencia formal establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común sino un requerimiento sustancial del expediente de contratación para asegurar que el procedimiento administrativo es el adecuado.

V. CONTAMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LOS SOBRES DE LAS LICITADORAS. EXIGENCIA DEL CONTROL DE LA RECEPCIÓN DE LAS PROPOSICIONES

En el BEBG se ha recibido comunicación relativa a posibles irregularidades en el proceso de licitación de un contrato. En concreto que dos de las empresas que presentaron ofertas para esta licitación, habían incorporado información en el sobre n.^º 2 que debería haberse incluido en el sobre n.^º 3, y otra empresa que también había presentado su proposición para participar en esta licitación, había incorporado en el sobre n.^º 2 certificados que permitían conocer información que se tenía que valorar en el sobre n.^º 3, como detallaba el pliego de cláusulas particulares de esta contratación pública. Esta circunstancia ha planteado dudas interpretativas que podrían comprometer el principio de igualdad entre las licitadoras en función de las posibles interpretaciones que se efectúen de la normativa aplicable para resolver el supuesto que nos ocupa, o bien excluir a las tres empresas que se presentaron a la licitación o excluir únicamente los puntos que estaban comprometidos al haber facilitado la información anticipadamente por parte de las empresas en el sobre n.^º 2. La persona comunicante pide una interpretación de los hechos descritos y que son el objeto de la comunicación.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

I. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (a diferencia de los generales, cuya aprobación es potestativa) son de existencia obligatoria en todos los expedientes de contratación (a excepción de los contratos menores, para los cuales la Ley dispensa de la mayoría de los trámites y documentos).

Por eso, el artículo 122.1 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público⁹⁷ establece, en términos imperativos, que *"Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones"*.

⁹⁷ Ley no vigente cuando se produjeron los hechos comunicados.

La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares corresponde al órgano de contratación, previo informe del servicio jurídico en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad social y otras administraciones públicas integrantes del sector público estatal (informe que no será necesario cuando se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe). En las entidades locales tienen que informar previamente el secretario (o, si se tercia el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico en los municipios en los cuales se aplica el régimen de gran población) y el interventor.

En cuanto al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y tal como avanzábamos, el artículo 122.2 concreta que tendrán que incluir "*los criterios de solvencia y adjudicación del contrato, las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan, los pactos y condiciones definidores de derechos y obligaciones de las partes del contrato, la previsión de cesión del contrato salvo los casos en que la misma no sea posible; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores de acuerdo con el Convenio Colectivo sectorial de aplicación, y las otras menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo*".

En definitiva, los pliegos tienen naturaleza contractual dado que la ejecución del contrato tiene que ajustarse preceptivamente a los pliegos y sus cláusulas y se consideran parte integrante de este.

La jurisprudencia, de forma mayoritaria, interpreta que cuando los pliegos han adquirido firmeza tienen que ser interpretados de acuerdo con las interpretativas previstas por el Código Civil.

II. Cuando los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos, aunque se esté a su literalidad. Cuando existe ambigüedad, o contradicción entre cláusulas, los pliegos no pueden interpretarse en provecho de la parte que, al haberlos redactado, ha generado dicha confusión por lo cual se tiene que declarar la nulidad de todas aquellas cláusulas que resulten ambiguas o contradictorias. Encontramos a título ejemplificativo la Resolución TACRC 61/2016 de 29 de enero de 2016 que manifiesta lo siguiente: "*La oscuridad de la cláusula alegada por la recurrente tiene que canalizarse en las referidas reglas de interpretación de los contratos, de tal suerte que no puede redundar en perjuicio de las licitadoras ni ser generadora de tratamientos discriminatorios, como el invocado por la impugnante, contrarios a los antedichos principios rectores de la contratación del sector público*".

La Mesa de contratación, en la sesión celebrada, encargó a la misma empresa de ingeniería que colaboró en la redacción de los pliegos de esta licitación que valorase el sobre 2 (criterios evaluables por juicio de valor) mediante informe técnico.

Del contenido del informe técnico queda patente que las ofertas presentadas por las empresas mencionadas no cumplieron con las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones particulares, lo cual comporta su exclusión por incumplimiento de lo que establece la cláusula 13.3 del Pliego. Esta causa es suficiente para no entrar a valorar ninguna documentación más de los otros sobres presentados y no se puede admitir como posibilidad para proseguir con la tramitación de las actuaciones de esta contratación la posible exclusión de la puntuación de los XX puntos: primero por incumplimiento de las cláusulas del pliego y porque también comporta un quebrantamiento del principio de igualdad y de la libre concurrencia ya que el certificado QAL1 requerido es de alcance público (página web <http://qal1.de> (de libre acceso al público) que incluye los certificados QAL1) por lo cual desvirtúa la puntuación relativa en los criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas.

Por tanto, la decisión tomada por la Mesa de contratación de proponer el desistimiento de la licitación a que se refiere esta recomendación para preservar el principio de igualdad de trato y libre competencia y de proponer abrir un nuevo expediente es adecuado dado que el hecho de que el certificado QAL1 sea de alcance público es una infracción insubsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación.

III. La jurisprudencia argumenta y resuelve sobre la procedencia de exclusión de los licitadores en el mismo sentido que la Mesa de contratación de esta contratación administrativa y posteriormente del órgano de contratación competente para esta resolución.

A título ejemplificativo citamos la siguiente jurisprudencia:

TSJ Madrid (Contencioso), de 14 de marzo de 2018 (EDJ 2018/83030).

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

STSJ Castilla y León (Valladolid) (Contencioso), de 27 de febrero de 2017, (EDJ 2017/44573)

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

STSJ (Contencioso), de 14 de marzo de 2018.

"Procede por tanto determinar si la inclusión de documentación de los criterios objetivos incluida en el sobre correspondiente a la documentación administrativa determina necesariamente la exclusión del proceso licitador como afirma el recurrente o si se trata de una irregularidad formal como sostiene el órgano de contratación. Los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos consagrados en el artículo 1 del TRLCSP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que esta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De conformidad con lo cual los artículos 145.1, 145.2, 150.2 y 160.1 del TRLCSP establecen que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública debiendo respetarse el orden para el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación.

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 145.2 del TRLCSP "Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo, estableciendo a su vez el artículo 160.1 para el procedimiento abierto, respecto el examen de las proposiciones que: "El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, ...". En el mismo sentido, la separación de sobres se desarrolla por el artículo 80 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Es criterio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que los pliegos tienen el carácter de *lex contractus* y vinculan tanto a los licitadores como a su órgano de contratación, estableciendo el PCAP que rige en esta licitación, en su cláusula 12, que se incluirá en el sobre 2 "la documentación referida los criterios que servirán de base para la adjudicación del expediente en los apartados 2 a 11 del Anexo", si bien todos ellos son relativos a criterios de valoración objetiva que hacen referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Lo sucedido y no discutido por las partes es que la recurrente incluyó en el sobre correspondiente a documentación administrativa información relativa a 9 de los 11 criterios*

de adjudicación valorables mediante fórmula distintos al precio exteriorizándolos antes del momento procedural oportuno, hasta el que se debía mantener secretos. Es cierto que la cláusula 12 del PCAP debería separar la fase de selección de licitadores de la valoración de las ofertas y que la inclusión de una memoria técnica de la oferta presentada se corresponde con otra fase del procedimiento. Sin embargo, el pliego no fue impugnado y es claro en cuanto al contenido de cada sobre. Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. A modo de resumen cabe citar el TACRC que en su Resolución 22/2013, de 17 de enero (Recurso 328/2012), ha resumido los criterios que ha venido aplicando: "Este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 299/2011 referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011). La inclusión en el sobre correspondiente a documentación administrativa que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión. La separación de las fases de procedimiento a que se refieren los artículos 145 y 160 antes mencionados pretende garantizar la objetividad e imparcialidad de la Mesa además de la necesaria transparencia y publicidad que el TRLCSP requiere para la apertura de las proposiciones de los licitadores en cuanto a los criterios valorables en cifras o porcentajes. Mientras al acto de apertura de la documentación prevista en el artículo 146 del TRLCSP carece de especiales formalismos, el acto de apertura de la proposición debe hacerse con sujeción a las disposiciones legales relativas no solo a la necesidad de hacerlo en acto público sino además observando un especial orden en el conocimiento y valoración de los diferentes elementos que la componen. Es decir, no se trata solo de establecer un procedimiento ordenado de apertura en cuyo caso podría admitirse que la falta de cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión de las empresas incumplidoras, si no que el verdadero propósito de dicho formalismo es garantista de un trato no discriminatorio e igualitario, de la transparencia y publicidad del procedimiento, de manera que cuando la apertura del sobre que contiene los requisitos previos para contratar implique el conocimiento total o parcial de la oferta por incluir datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse la exclusión de dicho licitador. La regla del secreto de las proposiciones tiene por base dos principios básicos: el primero, evitar manipulaciones de los licitadores y garantizar la fiabilidad del sistema con el fin de garantizar la objetividad y seguridad del mismo favoreciendo la presentación de ofertas competitivas al desconocer las de las demás empresas. Cabe recordar que la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa se hace en sesión no pública de la Mesa de contratación mientras que las proposiciones

deben ser abiertas en sesión pública. En segundo lugar, se pretende garantizar que las ofertas económicas no sean conocidas cuando sean objeto de valoración proposiciones técnicas susceptibles de juicio de valor, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula o porcentaje. Por otra parte, el secreto de las proposiciones no alcanza solo a los demás licitadores sino también a los gestores del expediente de contratación, incluidos los miembros de la Mesa de contratación. Ello supone que la presentación de la documentación ha de hacerse con observancia de los requisitos formales exigibles y con cumplimiento de todos y cada uno de los trámites procedimentales previstos. Aunque en el supuesto que nos ocupa, tal como alega la recurrente, únicamente se valoran criterios sujetos a fórmula sin que hayan de intervenir otros criterios en el resultado y sin que conocer o no previamente algunos de los elementos de la oferta puedan influir en la puntuación, lo cierto es que se ha alterado la igualdad de los licitadores al quebrar el secreto de una de las ofertas. Cabe preguntarse qué sentido tiene tanta formalidad respecto a la apertura de las ofertas en acto público en que tanto la Administración como resto de competidores conocerán las ofertas, si se admitiera como defecto intrascendente que parte de las proposiciones se hayan abierto y conocido días antes. En definitiva, el error en la introducción en un sobre o en otro de documentación valorable mediante fórmula, no tendría trascendencia si no fuera porque dichos formalismos pretendan garantizar un principio esencial de la contratación, cual es el secreto de las ofertas hasta la apertura conjunta y en acto público único de todas las ofertas. En el mismo sentido se pronuncian el informe 43/02, de 17 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado en relación con la inclusión de documentación técnica en el sobre de administrativa, criterio reiterado en el informe 20/07, de 26 de marzo; los Informes 62/08, de 2 de diciembre y 30/11, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva del Estado; asimismo los Informes 20/2008, de 27 de noviembre, de la JCCA de Andalucía y 9/2012, de la misma Junta Consultiva y el Informe 12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva v de Aragón. Por todo lo anterior, se estima que habiéndose incluido en el sobre de documentación administrativa información concreta que permite conocer algunos aspectos de la oferta económica no se ha respetado el secreto de las ofertas y procede la exclusión de Vodafone".

STSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo contencioso administrativo, de 27 febrero de 2017.

"Además, debe tenerse presente el artículo 150.2 de la misma norma que dice: "Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurre esta circunstancia, dejándose

constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada". Y en desarrollo de tales previsiones normativas el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público dice: "La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente además de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos". El régimen que resulta de los preceptos transcritos promueve el secreto de las proposiciones como medio para garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores (art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011) y lo relevante no es tanto la influencia en concreto que la infracción procedural pueda tener desde el punto de vista del resultado final, como su potencialidad, ya que en definitiva lo que se trata de evitar es que la valoración de aquellos aspectos no sujetos a fórmulas matemáticas se vea influenciada por el resultado de la valoración de aquellos otros aspectos para los que se emplean esas fórmulas. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de octubre de 2014 (recurso 3111/2013) que dice: Debe añadirse a lo que antecede la necesidad de exigir con especial rigor en todo procedimiento de contratación pública que la valoración de las ofertas se realice con exquisitas pautas objetividad, pues así lo demanda tanto el artículo 103.1 CE como el también postulado constitucional de igualdad (artículo 14 CE); y que a salvaguardar esa necesidad están dirigidos los mandatos de esos artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 que se vienen mencionando. Tampoco pueden compartirse los criterios preconizados en el recurso de casación sobre que se frustró la finalidad de esos preceptos legales y sobre que el incumplimiento constatado tuvo una escasa entidad para influir en la adjudicación. Lo primero porque el rigor en la exigencia de la objetividad es precisamente el mejor instrumento sustantivo para garantizar el principio de igualdad a cuyo servicio está establecida la libre concurrencia; y lo segundo porque la mejor manera de salvaguardar esa igualdad es descartar en el mayor nivel posible cualquier circunstancia que pueda significar un prejuicio de la definitiva calificación, por mínimo que este sea. Nos parece oportuno precisar que los artículos 129 y 134 de la Ley 30/2007 citados por la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos recogido se corresponden con los artículos 145 y 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Efectivamente, el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en las mismas condiciones tanto en el momento de presentar sus ofertas como en el momento de ser valoradas estas por la entidad adjudicadora. Este principio es especialmente destacado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como pone de manifiesto la Resolución recurrida, indicando que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión de Bélgica). Este principio, destaca dicho Tribunal, es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencias TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros, y de 19 de junio de 2003, GAT). Obviamente el principio de igualdad de trato quiebra cuando a la hora de valorar la oferta de la actora se puede tener conocimiento de aquellos otros aspectos cuya valoración depende de la aplicación de determinadas fórmulas y por ello, con independencia del resultado final, es claro que la objetividad que debe tenerse para valorar los criterios no sujetos a fórmulas matemáticas se ve comprometida al incluir determinada documentación que ha de ir en el sobre relativo a los criterios que deben valorarse conforme a tales fórmulas, lo que nos lleva a la desestimación de la demanda. Podemos añadir finalmente, a fin de dar respuesta a todas las cuestiones que plantea la demanda, que la

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 (recurso 92/2012), que invoca la parte recurrente, se refiere a un supuesto distinto. En el que allí se resolvió el dato indebidamente revelado era ya conocido y por eso, en dicha Sentencia a propósito de la cuestión que ahora nos ocupa, se razona del siguiente modo: Lo relevante, sin embargo, no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores".

IV. Por otro lado, no consta en el informe técnico preliminar, ni en el informe técnico del órgano de contratación, que una empresa licitadora no había aportado la declaración responsable que exige el pliego de cláusulas administrativas particulares. Esta declaración responsable, pese a no ser valorable, sí que debe ser incluida y el no hacerlo es una causa de posible exclusión de la empresa, si bien, en tanto en cuanto no es objeto de valoración, sí se puede subsanar dicha falta de aportación. Desde el punto de vista técnico, el contenido de la declaración responsable tiene un alcance de un nivel de compromiso de responsabilidad muy elevado, no obstante, no podemos entrar a hacer un análisis de este punto al no ser objeto de la competencia del órgano gestor del BEBG.

Desde la vertiente jurídica, consideramos que hay un incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas administrativas, por lo cual se tendría que haber excluido esta propuesta de la empresa licitadora.

Resolución número 205/2018 del TACRC de 2 de marzo de 2018 de la comunidad autónoma de Castilla La Mancha.

"La necesidad de que las muestras se presenten en las condiciones establecidas por el pliego ha sido reiterada por este Tribunal, así en nuestra Resolución 1166/2017, la 802/2017, o la 804/2016 so pena de exclusión del licitador. Decíamos en la 802/2017 que "No podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo --pacta sunt servanda-- con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Por otro lado, según decíamos en la Resolución 763/2014, recogida en la Resolución 962/2015 de 19 de octubre, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deben

ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna".

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

Y hemos afirmado la insubsanabilidad del defecto referido a la falta de presentación de muestras, pues en este caso hubiera supuesto la nueva aportación de muestras, incorporando las omitidas, señalando a qué lote correspondía cada una, e identificándolas debidamente, lo que supondría una nueva oferta con quebranto de la igualdad entre licitadores: En la Resolución 1089/2016 recordamos que "Por otro lado, sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de la falta de aportación de muestras, no se considera que sea procedente. En este sentido, este Tribunal, entre otras, en la Resolución 158/2013, citada por la también antedicha, ha señalado: "En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que "En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación".

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

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

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

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

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

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

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

La Mesa de Contratación señala que la empresa de ingeniería que hizo la valoración del sobre número 2 también colaboró con la redacción de los pliegos de condiciones, entendemos que esta intervención ha sido básicamente en aspectos a desarrollar en los pliegos de condiciones de prescripciones técnicas pero hubiera sido recomendable que se le hubieran consultado los criterios de adjudicación evaluables con base en los juicios de valor

al haber referencias técnicas que quizás hubieran evitado tener que instar el desistimiento del contrato por las causas aducidas de acuerdo con el artículo 155.4 del TRLCSP.

V. El artículo 16 de la vigente Ley 39/2105, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, establece la necesidad de la existencia de un registro general de entradas y salidas de escritos, solicitudes y comunicaciones en los órganos administrativos.

En el examen efectuado del expediente de contratación, 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, esto podría comportar una falta de garantías procedimentales de control y verificación.

En este sentido, la Resolución número 5/2018 de 31 de enero del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en el fundamento jurídico octavo, indica que la disposición adicional decimosexta de la LCSP, en su apartado e), relativa al uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos establece que la utilización de estos medios se tendrá que ajustar a los requisitos establecidos en la mencionada norma. 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 tengan que poder acreditar la fecha, la hora de la emisión o recepción, la integridad del contenido, el remitente y destinatario de estas:

"e) Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deje 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: *"Resultado 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 tiene que 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 establece, como excepción, la posibilidad de proceder a una comunicación oral, siempre que no se trate de ningún elemento esencial de un procedimiento de licitación, 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 objeto de evaluación de las ofertas serán documentadas de forma suficiente a través de los medios adecuados como los archivos o resúmenes sonoros de los principales elementos de la comunicación.

Hay que añadir 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 cual se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo del Consejo 2014/23/UE 2014/24/ UE, de 26 de febrero de 2014.

En el caso objeto de este expediente analizado, el pliego de condiciones administrativas establece de forma clara y tajante las condiciones de presentación de las proposiciones, no excluyendo ninguna forma de presentación explícitamente, pero si exigiendo que, en todo caso, la recepción efectiva de las proposiciones en las dependencias del órgano de contratación, se produzca dentro del plazo acotado por la fecha y hora indicadas. Ante la falta de un registro que deje constancia de las fechas de entrada de las proposiciones de las empresas es imposible controlar las exigencias por su cumplimiento. Esta aseveración se realiza en el contexto temporal del momento en que se analizó este procedimiento de contratación pública, se desconoce si en el momento actual esta dispone o no de algún instrumento o interfaz que haga el control de esta documentación.

RECOMENDACIÓN

Con el fin de garantizar una gestión pública de acuerdo con los principios y reglas éticas y de buen gobierno y con el predominio de los intereses generales y la buena administración de los recursos públicos se efectúan las siguientes sugerencias a efectos preventivos, y sin perjuicio de las medidas que se puedan adoptar a la vista del contenido de estas actuaciones por el órgano de contratación:

- Que se vele por adoptar los mecanismos necesarios en la fase de preparación de los contratos para adecuar al máximo el ajuste de los procesos de adjudicación previstos en cada uno de los expedientes de contratación pública con el objetivo de garantizar la pública concurrencia y la libre competencia.
- La necesidad de incorporar, en el supuesto de que no se haya implantado durante el tiempo transcurrido, un instrumento fehaciente que controle la recepción efectiva de las proposiciones formuladas por las empresas en las

correspondientes contrataciones públicas a fin de velar por el cumplimiento de las exigencias previstas en los pliegos de condiciones Administrativas que establecen de forma clara y tajante las condiciones de presentación de las proposiciones.

VI. INCUMPLIMIENTOS DE CONTRATO DE SERVICIOS: MEDIDAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE (MEJORA SALARIAL Y JORNADA LABORAL) NECESIDAD DE CONTROL DE LA EJECUCIÓN: CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO Y NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

En el BEBG, se recibieron varias comunicaciones relativas a presuntos incumplimientos en la ejecución de un contrato de servicios, concretamente en relación con las siguientes cuestiones: mejora salarial, jornada laboral, calidad del servicio y normativa de prevención de riesgos laborales.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

A) Medidas de contratación pública sostenibles: Valoración de la mejora en los salarios en relación con el convenio laboral de referencia, y mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo contractual.

El Ayuntamiento de Barcelona impulsa la contratación pública socialmente responsable incorporando en la compra pública municipal objetivos de justicia social, sostenibilidad ambiental y código ético contemplados en el Decreto de Alcaldía S1/D/2017-1271, de 24 de abril, de contratación pública sostenible, en que se aprueban las medidas y guías para aplicar la sostenibilidad en los contratos que hace el Ayuntamiento.

En esta línea las medidas de contratación pública social que impulsa el Ayuntamiento de Barcelona promueven la empresa barcelonesa eco-social, con un modelo de negocio con responsabilidad social, en el que dichas medidas deben integrarse en todo el ciclo contractual y tienen que estar presentes en el proceso de selección de las empresas contratistas que ofrezcan obras, servicios o suministros con el objetivo de encontrar una relación equilibrada entre la calidad y el precio, pero al mismo tiempo potenciando los valores y las prácticas de un modelo de empresa con responsabilidad social, que tiene que redundar en la eficiencia y la calidad de la prestación aportando una eficiencia social en el contrato.

Las medidas concretas de contratación pública social se pueden incluir en diferentes momentos del ciclo contractual y mediante condiciones o criterios de actuación de significación jurídica diversa:

- Medidas que se pueden articular como criterios de adjudicación: son consideradas como una invitación a las empresas licitadoras para que las adopten en la ejecución del contrato, pero sin que tengan obligatoriedad, de forma que se promueva que la empresa licitadora las incorpore en su oferta.

Es decir, son aquellas que tienen que provocar tendencialmente un cambio cultural en los sectores empresariales y profesionales y que identificarán una marca de identidad del Ayuntamiento de Barcelona: contratistas con responsabilidad social, con un modelo de negocio social y participativo, con preocupación por el territorio y las personas que viven en él. No se trata de valorar la responsabilidad social general de la empresa, sino sus aplicaciones concretas que puedan formar parte de la oferta y representar un valor añadido para la ejecución del contrato. En el expediente de contratación, objeto de esta recomendación, se estableció como medida social el salario de las personas trabajadoras ocupadas en la ejecución del contrato por incremento del salario base, con una puntuación máxima de 15 puntos, tomando como referencia las retribuciones salariales establecidas en el convenio colectivo de referencia.

- Medidas que se pueden articular como condiciones especiales de ejecución: obligaciones contractuales que el órgano de contratación ya predetermina, antes de que se presenten las ofertas, en el pliego de cláusulas administrativas o en el pliego de condiciones y que el contratista tiene que cumplir. Tienen que ser medidas proporcionadas a las características del contrato y para establecerlas debe haberse tenido en cuenta el parecer y las observaciones de los sectores empresariales implicados dado su carácter imperativo.

En el expediente de contratación, objeto de esta recomendación, se establecieron las siguientes condiciones de ejecución (Cláusula 19 PCAP):

- De carácter social: la subrogación de la plantilla laboral, mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo contractual, la acreditación del pago del precio, en plazo, a las empresas subcontratadas.
- De carácter ambiental (que constan en la cláusula 19.1.2).

Respecto al concepto de subrogación de las condiciones de trabajo se regula en el art. 44 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores (TRET) y se configura como un derecho de los trabajadores. Concretamente la subrogación es la situación en la cual los trabajadores tenían suscrito un

contrato laboral y desarrollaban una concreta actividad o servicio para una empresa, pero esta actividad o servicio pasa a ser ejercida por otra empresa, a causa, en este caso concreto, de la adjudicación del contrato de servicio o actividad, y que además comporta un traslado de los trabajadores y un mantenimiento de sus derechos económicos y laborales por parte de las empresas adjudicatarias.

Es decir, y de acuerdo con la literalidad del art. 44.1 del TRET “*quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente*”.

La cláusula 19 del PCAP, del contrato especificado, estableció la siguiente condición de ejecución: La subrogación de la plantilla laboral.

Concretamente en ella se especificaba que en caso de que fuera procedente la subrogación legal o convencional del personal, se aplicará lo que se establezca en el convenio de aplicación del anterior adjudicatario, y en caso de que no fuera procedente, se establecía como condición especial de ejecución de ese contrato la subrogación por el contratista de la plantilla de los/as trabajadores/as empleados/as en la ejecución del contrato por la empresa que entonces prestaba el servicio:

- A) *"En caso de que proceda la subrogación legal o convencional del personal, se aplica lo que establece el convenio de aplicación del anterior adjudicatario."*
- B) *"En caso de que no proceda la subrogación legal o convencional del personal, se establece como condición especial de ejecución de este contrato la subrogación del contratista de la plantilla de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato por la empresa que actualmente presta el servicio, todo de conformidad con la previsión del artículo 118 del TRLCSP"*

La subrogación ex pliegos, especificada en el PCAP, comporta que “*la subrogación de las personas trabajadoras implica que la empresa adjudicataria mantendrá las condiciones económicas, laborales y sociales que disfruten en el momento de la finalización el contrato y de las mejoras que haya propuesto el adjudicatario en su oferta*”.

Con esta cláusula el órgano municipal “*expresa su voluntad de favorecer la estabilidad en el trabajo de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato, potenciar la contratación pública con eficiencia social y la propia eficiencia técnica en la calidad de la prestación*”.

En este caso, procede la subrogación convencional del personal, subrogación ex convenio colectivo, puesto que en el Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, publicado en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de 22 de febrero de 2006, está previsto, concretamente en su artículo 20, que se refiere a la sucesión de empresas, y a modo de medida de estabilidad en la ocupación, que: “*la sucesión de empresas es un mecanismo de integración del personal discapacitado a la empresa ordinaria, dado que el objetivo del centro especial de trabajo es la*

adaptación del puesto de trabajo al discapacitado/da y la integración de este/a al mercado ordinario. La cláusula de estabilidad en la ocupación actúa como medio de integración”.

Específicamente, en el apartado segundo del artículo 20 se señala que en la sucesión de empresas se tiene que respetar entre otros extremos el importe total del salario:

"A la finalización de una contrata, todos los trabajadores/as que dependiendo del concesionario saliente, estén prestando servicios en las dependencias de la empresa o la institución principal que lleva a cabo la contratación, un mínimo de cuatro meses antes de la fecha de la finalización, han de pasar a depender del nuevo adjudicatario del servicio, sea cual sea la modalidad del contrato de los trabajadores (contratos a plazo para servicio determinado, fijos de plantilla, temporales, eventuales, interinos, etc.), respetándoles la modalidad del contrato, la categoría profesional, la jornada, el horario, la antigüedad i el importe total del salario, tanto de este convenio como extra convenio, que cada uno tenga reconocido en el momento de liquidar la relación laboral con el concesionario saliente.

También les han de ser respetadas otras condiciones adicionales pactadas que tengan formalmente reconocidas los trabajadores con la finalización de la contrata, si bien que reconociendo estos últimos que la organización del trabajo corresponde a la nueva empresa adjudicataria.”

En la práctica, atendiendo a las nóminas expuestas, se puede concluir que la nómina de la empresa XXX implica una minoración de 30,33 euros respecto de la nómina de la empresa anteriormente adjudicataria, y puesto que el informe de fecha XXX evacuado por el órgano de contratación "...Comité XXX contesta, a requerimiento de (el órgano municipal), que se ha reunido con los representantes de la empresa XXX y que no han llegado a ningún acuerdo. El motivo es que la empresa XXX no quiere respetar el plus de actividad ni los nombres de los pluses", se evidencia indicios de incumplimiento de las condiciones de subrogación de las personas trabajadoras puesto que la empresa adjudicataria no ha mantenido las condiciones económicas de las que disfrutaban los/las trabajadores/as con la anterior empresa adjudicataria.

Con base en este posible incumplimiento de la normativa relativa a la relación laboral derivada de la subrogación laboral, procede formular las siguientes consideraciones:

- a) El Ayuntamiento de Barcelona no es competente para resolver cuestiones litigiosas entre una empresa subcontratada y su trabajador, lo es el orden jurisdiccional social (art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). En esta línea citamos la Resolución n.º 384/2016 de 1 de julio del TACRC: "*La subrogación empresarial, sin perjuicio de que pueda ser incluida en los Pliegos como condición especial de ejecución del contrato, afecta a la esfera de las relaciones entre la nueva empresa contratista y los trabajadores de la anterior, que en todo caso pueden hacer valer sus derechos, si lo estiman procedente, ante la Jurisdicción Social*".
- b) **Pero sí que, en el ejercicio de sus funciones, el Ayuntamiento de Barcelona tiene el deber de vigilar que las condiciones especiales de ejecución y las obligaciones del contratista son realizadas de acuerdo con los pliegos de contratación.**

Por lo tanto, si bien respecto del sueldo base se evidencia un incremento económico, con relación al importe total del salario hay una disminución del mismo, habida cuenta la modificación de la cantidad del plus de actividad y demás pluses realizada por la empresa adjudicataria. Hay que observar también que, en el contrato de subrogación, (al menos en aquel al que tuvo acceso el órgano gestor del BEBG) la empresa adjudicataria no ha incorporado este incremento en el apartado de SALARIO, en el cual consta "*El/la trabajador/a percibirá por la prestación de sus Servicios una retribución, por todos los conceptos de SEGÚN CONVENIO euros brutos mensuales que se distribuyen en los siguientes conceptos salariales SEGÚN CONVENIO. Asimismo, tendrá derecho a percibir SEGÚN CONVENIO gratificaciones extraordinarias al año en cuantía de SEGÚN CONVENIO*".

En el sector de actividad económica correspondiente al objeto del contrato que se licita, dado que las retribuciones de las personas trabajadoras son bajas en términos referenciales respecto de otros sectores de actividad, el órgano municipal había incorporado en los pliegos contractuales la medida social para valorar que la empresa adjudicataria retribuya mejor al personal que tiene que ejecutar el contrato que se licita, lo cual redunda necesariamente en su mejor ejecución. Aun así, en la práctica, y con nóminas en la mano, se evidencia que la actuación de la empresa adjudicataria ha desvirtuado la consideración social establecida, dejándola vacía de significado, y menguando la capacidad económica de los/las trabajadores/as.

Adicionalmente hay que recordar que, de acuerdo con la Guía de Contratación Pública Social del Ayuntamiento de Barcelona, la oferta salarial de la empresa licitadora ganadora tiene carácter de condición de ejecución contractual y el incumplimiento puede ser objeto de penalización como falta muy grave o de extinción del contrato; y respecto a la subrogación, que esta condición se configura como una obligación esencial, de forma que su incumplimiento supondrá la extinción del contrato mismo, todo de acuerdo con la previsión del artículo 223.f) TRLCSP.

B. CONSIDERACIONES SOBRE LA JORNADA LABORAL

En el caso concreto, el Pliego técnico establece en su cláusula 2.3 que "*el horario de trabajo del personal contratado será el mismo que se establece por la xxx (de 8 a 15 h). Cualquier cambio en el horario habrá que informarlo a la xxx y requerirá su autorización*", y, por tanto, el horario es de 7 horas de jornada laboral. En cambio, el órgano de contratación en fecha xxx informó que el personal de grupo xxx realiza el horario de 6:30 a 14:30 h, y por tanto, tiene un horario de 8 horas. Así mismo informa que "*el horario de 8 a 15 h que se informa al pliego técnico es orientativo*".

Analizado el pliego de prescripciones técnicas, en primer lugar, en atención a su redacción que especifica entre paréntesis (de 8 a 15 h), habida cuenta la concreción de este horario, no cabe la opción de que el mismo se considere "*horario orientativo*" como informa el órgano de contratación. Por otra lado, a pesar del requerimiento del órgano gestor del BEBG, el

órgano de contratación no ha dado respuesta respecto a la existencia en el expediente de contratación de "la autorización" contemplada en el pliego de cláusulas técnicas mencionado.

El argumento del órgano de contratación es la remisión al Anexo 3 que contiene la relación de personal a subrogar y que consiste en un certificado de la empresa xxx donde consta el personal destinado a las tareas objeto de la contratación, y donde se señala también el número de horas semanales: 10 trabajadores con 40 horas semanales, 1 trabajador con 10 horas semanales y 1 trabajador con 20 horas semanales; que estos trabajadores ya "hacían 40 horas semanales" y que, "tal como marcan las cláusulas del pliego técnico se tendrán que mantener las condiciones económicas, sociales y laborales, estos trabajadores siguieron realizando 40 horas semanales en el siguiente contrato".

Frente a esta situación, el art. 115.3 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el TRLCSP especifica que "*los contratos se tienen que ajustar al contenido de los pliegos particulares, las cláusulas de las cuales se consideran parte integrante*"; respecto a los pliegos de prescripciones técnicas "*El órgano de contratación tiene que aprobar ... los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que tienen que regir la realización de la prestación*".

En esta línea, en contratación pública, los pliegos de cláusulas administrativas y particulares son de máxima trascendencia, dado su valor jurídico de lex inter partes, que implica la vinculación de los licitadores y del órgano de contratación con los pliegos en los términos de su estricta redacción, de acuerdo con la asentada jurisprudencia que "ad exemplum" se cita, así la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 (y las sentencias 178/2013, 17/2013 y 45/2013):

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

Por lo tanto, rige en contratación pública el principio de inalterabilidad de los pliegos que regulan la contratación que, a todos los efectos, una vez aprobados, no pueden ser modificados por el órgano de contratación, si no es mediante uno de estos cauces que el ordenamiento jurídico ha articulado (Resolución n.º 245/2016, de 8 de abril del TACRC)

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

octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGCAP);

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

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

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

También hay que recordar que, con base en los principios de igualdad y transparencia que requieren que todas las condiciones del procedimiento de licitación, las modificaciones han de estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, tienen que disfrutar de la misma publicidad, en los mismos medios y en la misma forma que el anuncio de licitación. Y así queda garantizado en el artículo 75 del RD 1098/01, de 12 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, “*cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones*”.

Finalmente hay que considerar el riesgo reputacional en que podría haber incurrido el órgano de contratación, dado que el art. 42 del TRLCSP habilita para interponer el recurso especial en materia de contratación a toda persona física o jurídica los derechos o intereses legítimos de la cual se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y por tanto en la línea de la Resolución 524/2016 de 1 de julio de 2016 del TACRC “*Y en efecto, el Sr. XXX, al ser un trabajador en cuya relación laboral, según el Convenio colectivo aplicable, debe subrogarse la empresa adjudicataria del contrato, es titular de derechos e intereses legítimos que pueden resultar afectados por la contratación. Por consiguiente, procede afirmar su legitimación para interponer el presente recurso*”; habida cuenta que “*su interés, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejerce la pretensión que se materializaría de prosperar esta en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta no, meramente hipotética*” (STS de 19 de noviembre de 1993 i 27 de enero de 1998).

En este sentido, hay que apreciar que el art. 41.1 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores, considera la modificación de la jornada laboral como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siendo una causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato (art. 50 del citado texto legal).

C. CONSIDERACIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A. EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES

Los principios generales de la acción preventiva son evitar el riesgo, y en segundo lugar evaluar los riesgos que no se puedan evitar (artículo 15.1.a) y b) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL).

La evaluación de los riesgos se define en el art. 3.1 del Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), RD 39/1997, de 17 de enero (RSP) como «*el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse*».

De conformidad con el art. 16.2 a) de LPRL el empresario tendrá que realizar la evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, a todos los efectos:

- La naturaleza de la actividad
- Las características de los puestos de trabajo existentes
- Los trabajadores que han desarrollarlos.

En esta línea el art. 4 del RSP especifica que para la evaluación inicial se tiene que tener en cuenta:

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

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

El art. 25 de LPRL recoge la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, que serán aquellos que *"por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo"*. Por otro lado, el art. 25 LPRL especifica que *"A tal fin deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de riesgos y, en función de estas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias"*.

Respecto a la actualización de la evaluación de riesgos, el art. 16.2. a) LPRL especifica que: *"La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido"*.

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

- a) *La elección de equipos de trabajo, sustancias o preparados químicos, la introducción de nuevas tecnologías o la modificación en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.*
- b) *El cambio en las condiciones de trabajo.*
- c) *La incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto".*

En atención al marco legal de la evaluación de riesgos laborales, y teniendo en cuenta que los trabajadores que ejecutan el contrato de servicios, objeto de la recomendación extractada, están sujetos al Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, hay que realizar las siguientes consideraciones sobre la evaluación de riesgos laborales de la empresa xxx:

- En la evaluación de riesgos laborales de fecha xxx, fecha anterior al inicio de la ejecución del contrato, no consta ninguna mención respecto a que se haya tenido en cuenta, a la hora de evaluar los riesgos, a los/as trabajadores/as especialmente sensibles; ni la mención que los/as trabajadores/as están sujetos al Convenio colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y/o sensoriales de Cataluña, incluso el Anexo I en lo referente al listado de trabajadores/as se encuentra vacío de contenido.
- En la evaluación de riesgos laborales no consta la identificación de las deficiencias de los equipos de trabajo utilizados, en cambio; en la documentación aportada por el órgano de contratación se evidencia la existencia de numerosas irregularidades en los equipos de trabajo.
- En la evaluación de riesgos laborales no se identifican los productos químicos utilizados en la contratación. A tal efecto las medidas preventivas propuestas son genéricas, cuando en las fichas de seguridad de los productos químicos constan en detalle cuáles son los riesgos y las medidas preventivas a adoptar. Así mismo, hay que recordar en primer lugar, que no hay una concordancia entre los diferentes listados de productos químicos que el órgano de contratación ha remitido al órgano gestor del Buzón Ético. Pero más incidencia tiene aún el hecho que no es hasta de 16 meses después del inicio de la ejecución del contrato, cuando hay constancia de las fichas de datos de seguridad de los productos químicos que se entregaron a los trabajadores.
- Respecto a la evaluación inicial de riesgos xxx se tendría que haber actualizado atendiendo a la incorporación de los trabajadores/as subrogados/as al inicio de la ejecución del contrato; por la presencia de nuevos vehículos durante la ejecución del contrato.
- En relación con las irregularidades en el vestuario de los/las trabajadores/as, la evaluación de riesgos, dentro del apartado de EQUIPOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL, sí

que contempla que "*Para la realización de los trabajos adscritos a este puesto de Trabajo se deberán utilizar... ropa de Trabajo adecuada a las condiciones meteorológicas*".

En cuanto a la evaluación de riesgos laborales, hay que incidir en que su realización es una obligación legal, y que la configuración de este deber no es meramente formal y burocrático, es decir, que por el mero hecho de disponer de este documento no es suficiente para entender que se ha cumplido la obligación, sino que es necesario su revisión y el análisis de su conformidad en relación con los trabajadores que desarrollan las tareas, los equipos de trabajo utilizados y los productos químicos empleados.

A. FORMACIÓN E INFORMACIÓN DE RIESGOS LABORALES

El art. 18 LPRL impone la obligación por la que todos/as los/as trabajadores/as tienen que recibir información en prevención de riesgos laborales respecto a:

- "*a) Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afectan a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función.*
- b) Las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados en el apartado anterior.*
- c) Las medidas adoptadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley".*

De acuerdo con la exposición de la Nota Técnica de Prevención 559 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo "*Para cada puesto de trabajo se dispondrá de una hoja informativa en la que se indique claramente los riesgos del puesto y las medidas y normas de seguridad adoptadas en cada caso. Este documento será actualizado periódicamente o cuando se produzcan cambios en la maquinaria, equipos, métodos de trabajo, o tareas que tenga que llevar a cabo el trabajador siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones de seguridad.*

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

El art. 19 LPRL, en lo referente a la formación de los trabajadores, recoge que "*En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.*

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

Por la documentación remitida por el órgano de contratación, a requerimiento del órgano gestor del BEBG, y relacionada con la información y formación de riesgos laborales se ha

evidenciado diferentes irregularidades respecto a la información de los productos químicos, y respecto a la formación inicial de los/as trabajadores/as.

A tal efecto, realizando un análisis más profundo de la formación e información de riesgos laborales de los/as trabajadores/as en la ejecución del contrato hay que incidir que en la evaluación de riesgos laborales de la empresa XXX mayoritariamente las medidas preventivas consisten en instrucciones, indicaciones o informaciones dirigidas a de los/as trabajadores/as.

Al respecto, hay que considerar que atendiendo al hecho que la evaluación de riesgos laborales, instrumento esencial de la acción preventiva, ofrece información sobre los riesgos genéricos y específicos del puesto de trabajo concreto, si esta no es completa porque no hay evaluación sobre los concretos equipos de trabajo y productos químicos empleados tal y como se ha indicado en el apartado anterior, entonces la información de los riesgos laborales generales y específicos de cada puesto de trabajo no será conforme a normativa cuando esta refiere que se tiene que informar a los de los/as trabajadores/as "*Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función*".

En esta línea, en aplicación del RD 1215/1997, de 18 de julio, por el cual se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por de los/as trabajadores/as de los equipos de trabajo, la Guía de Actuación Inspector de la Evaluación de equipos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, expone que en la evaluación de riesgos laborales se tiene que tener en cuenta las específicas del puesto de trabajo:

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

Respecto a la información sobre equipos de trabajo, la Guía de Actuación inspector mencionada expone que tiene que ser la más completa y clara documentación de los riesgos relacionados con su tarea:

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

Respecto a la formación del equipo de trabajo es necesario dejar constancia que tiene que ser con el equipo de trabajo que utiliza:

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

Efectivamente, en línea con lo que estipula el art. 19 LPRL, la formación tiene que ser teórica y práctica, así como adecuada y suficiente a las condiciones particulares de los/as trabajadores/as que reciben la formación, y ajustarse a las funciones que desarrollan.

Finalmente hay que dejar constancia de que conforme a la información que, a requerimiento del BEBG, fue remitida y analizada, no hay evidencias de que el Plan de Formación se esté ejecutando en su totalidad, y que la formación en riesgos y medidas preventivas en el uso de productos químicos y entrega de las fichas de datos de seguridad no se produjo hasta el 12 de junio de 2019, después de transcurridos 16 meses desde inicio de la ejecución del contrato.

RECOMENDACIÓN

El art. 1 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, vigente durante la contratación objeto de la recomendación extractada recoge (al igual que lo hace el art. 1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), entre otros, los principios de libre concurrencia y el principio de transparencia.

El principio de libre concurrencia en la contratación pública, desde una perspectiva general, es la respuesta a dos exigencias: hacer efectivos los principios de igualdad de trato y no discriminación en el acceso de los particulares a la misma; y aumentar el elenco de ofertas o licitadoras para que, de este modo, el ente público contratado tenga a su alcance el mayor número de soluciones posibles para los intereses públicos.

Por otro lado, cada fase del iter procedural de la contratación (preparación, adjudicación y ejecución) tiene que ser regida por el principio de la transparencia, entendido desde su doble vertiente: a) interna, como principio básico de la contratación pública que 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 lo tienen que inspirar.

Es en esta fase donde se tiene que exigir el cumplimiento material, riguroso y efectivo del contrato, intermediando:

- **Establecimiento con 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 vinculando a las dos partes.**
- **Establecimiento con 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 para su imposición.**
- **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 fijados para exigir las responsabilidades necesarias, si se tercia aplicar las penalidades que procedan para asegurar el cumplimiento del contrato, pues a pesar de los incumplimientos detectados, no consta que se haya incoado ningún procedimiento en tal sentido.**

Hay que incidir también 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.

En conclusión, desde el órgano gestor del BEBG, con el objetivo de fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, y garantizar el interés general, se recomienda y enfatiza que en caso de detección de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los pliegos, se tienen que activar los mecanismos correspondientes para exigir a las empresas adjudicatarias el cumplimiento de las obligaciones asumidas, también a los efectos de prevenir las posibles responsabilidades en las cuales podría incurrir el Ayuntamiento por hechos causados a raíz de infracciones de las normas laborales y de prevención de riesgos laborales. En este sentido, se propone para vuestra consideración:

- **En el supuesto que en la siguiente contratación se incorporara la medida de contratación pública sostenible de "Valoración de mejoras en los salarios, en relación al convenio laboral de referencia", habría que reforzar, a través del redactado del pliego de cláusulas administrativas, la garantía para su efectiva**

ejecución, con un seguimiento esmerado del mantenimiento de las condiciones laborales durante la vigencia del contrato; y aplicar los procedimientos y acciones necesarias por compelir su cumplimiento en su caso.

- **Precisar claramente en el redactado del pliego de cláusulas administrativas o pliego de cláusulas técnicas el horario de la jornada laboral de los/as trabajadores/as a subrogar, para que no dé lugar a duda o interpretación.**
- **Respecto al estado de los vehículos utilizados en la ejecución del contrato, se evidencia por el seguimiento realizado a través de la comisión de seguimiento, incumplimientos de la legislación vigente en materia preventiva; por lo tanto, habrá que aplicar los mecanismos legalmente establecidos con el objetivo de asegurar su cumplimiento dado sus efectos directos en la seguridad de los/as trabajadores/as que ejecutan el contrato y de posibles terceros, ajenos a la relación contractual que puedan resultar afectados (como transeúntes o peatones...).**
- **Exigir que la evaluación de riesgos laborales, la formación e información preventiva, sea realizada conforme a las exigencias de la normativa de prevención de riesgos laborales expuesta, en aplicación del art. 10.2 del Real Decreto 171/2014, de 30 de enero de coordinación de actividades empresariales.**
- **Realizar un seguimiento cuidadoso del cumplimiento de la medida social consistente en impartir formación y sensibilización ambiental a todas las personas trabajadoras en el contrato.**
- **Incoar los procedimientos establecidos ante los incumplimientos contractuales detectados y en su caso imponer las penalizaciones que correspondan”.**

VII. INCUMPLIMIENTO DE LES CLÁUSULAS DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS: NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a las condiciones laborales en situaciones de extremo calor en verano y frío en invierno de las personas trabajadoras de una empresa subcontratada por el Ayuntamiento de Barcelona, y la prohibición del uso de paraguas para taparse del sol por impacto visual.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación vigente (TRLCSP), se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

- **En relación con los hechos que constan en la comunicación**, relativos a la prohibición del uso de paraguas a los/as trabajadores/as de XXX el órgano gestor del BEBG no ha podido verificar la realidad de los mismos debido, sobre todo, a que el órgano municipal responsable **no dio cumplimiento en su totalidad el requerimiento de información** que le solicitó el órgano gestor del Buzón Ético, a pesar de la obligación que a tal efecto establece el artículo 14 de las Normas Reguladoras de este. Tampoco se atendieron por parte de la persona comunicante las solicitudes de información efectuadas por el órgano gestor del Buzón Ético.
- **En relación con las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales, y concretamente sobre la evaluación de riesgos laborales**, recordamos que los principios generales de la acción preventiva en primer lugar es evitar el riesgo, y en segundo lugar evaluar los riesgos que no se puedan evitar (artículo 15.1.) y b) de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (LPRL).

La evaluación de los riesgos es definida en el art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, Reglamento de Servicios de Prevención (RSP) como: «*el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse*».

Respecto a la actuación de evaluación de riesgo el artículo. 16.2 LPRL especifica que: “*La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido*”.

Ahondando más el artículo. 4 RSP dispone que: "*1. La evaluación inicial a que se refiere el artículo 4 deberá revisarse cuando así lo establezca una disposición específica. En todo caso, se deberá revisar la evaluación correspondiente a aquellos puestos de trabajo afectados cuando se hayan detectado daños a la salud de los trabajadores o se haya apreciado a través de los controles periódicos, incluidos los relativos a la vigilancia de la salud, que las actividades de prevención pueden ser inadecuadas o insuficientes. Para ello se tendrán en cuenta los resultados de: a) La investigación sobre las causas de los daños para la salud que se hayan producido. b) Las actividades para la reducción de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.a) del artículo 3. c) Las actividades para el control de los riesgos a que se hace referencia en el apartado 1.b) del artículo 3. d) El análisis de la situación epidemiológica según los datos aportados por el sistema de información sanitaria u otras fuentes disponibles.*

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

Por tanto, respecto a la evaluación de riesgos laborales, es necesario incidir en que su realización es una obligación legal y que la configuración de este deber no es meramente formal, burocrática y estática, sino que requiere su actualización de acuerdo con la normativa especificada.

- Respecto a la evaluación de los riesgos por exposición a temperaturas extremas de calor, a nivel técnico nos remitimos a la Nota Técnica de prevención 922 sobre estrés térmico: evaluación de riesgos (Y) del Instituto Nacional de seguridad e Higiene en el trabajo. (INSHT)

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

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

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

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

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

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

Las consecuencias de la exposición al calor también vienen recogidas en el documento "Trabajar con calor" del INSHT. Ministerio de Empleo y Seguridad Social según el cual:

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

RECOMENDACIÓN

Desde una perspectiva eminentemente preventiva y más allá del caso concreto, se recomienda el estricto cumplimiento de la normativa relativa a prevención de riesgos laborales.

VIII. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: PRESUNTA DISFUNCIÓN EN UNA DE LAS PRESTACIONES DEL SERVICIO. CONVENIENCIA DE ACCIONES FORMATIVAS AL PERSONAL DE LA EMPRESA ADJUDICATARIA

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a una presunta irregularidad en la ejecución de un contrato de servicios de recogida selectiva de residuos debido a la mala praxis ejecutada por su personal.

En atención al contenido de la comunicación, y su posible incidencia en la recogida selectiva, el órgano gestor del BEBG trasladó la denuncia de la persona comunicante al departamento municipal competente, que informó que los hechos expuestos fueron comunicados a la empresa externa que realiza el servicio. Posteriormente, el departamento competente informó, entre otros extremos, que se había identificado a la persona operaria que realizaba el servicio aquel día y turno en la zona, que se había abierto un procedimiento que había concluido en la no imposición de ninguna penalidad, aun así, se había realizado una formación a la persona identificada, y que está también se había hecho extensiva al resto del personal, respecto a los hechos concretos de la comunicación relativa a la recogida selectiva.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes:

CONSIDERACIONES

Recuperar y consolidar la confianza de las personas en las instituciones públicas es un eje clave y prioritario del Ayuntamiento de Barcelona, siendo uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno Municipal la transparencia, objetividad, igualdad y no discriminación, así como la eficiencia en la asignación de los recursos públicos.

Para dar cumplimiento a estos principios, se exige un marco de integridad institucional que coadyuve a garantizar una gestión pública de acuerdo con los principios y las reglas éticas y de buen gobierno evitando conductas contrarias a derecho, a la ética y a los valores como la honestidad, el respeto, el predominio de los intereses generales y la buena administración de los recursos públicos.

En este contexto, nace el BEBG con un posicionamiento transparente y abierto de la administración que no tiene nada a esconder, que arbitra los mecanismos para revisar aquellos eventuales supuestos en que no se respeten las reglas de conductas positivadas jurídicamente o éticas con la finalidad última de hacer propuestas de mejora en la gestión

pública. Comporta, en definitiva, sensibilizar en materia de ética en la gestión pública a partir de la colaboración y la participación ciudadanas.

Respecto al medio ambiente, la ciudad de Barcelona tiene el compromiso de gestionar, con criterios de calidad y sostenibilidad, la prestación de los servicios urbanos y el mantenimiento del entorno, de acuerdo con los compromisos de preservación y mejora del medio ambiente y de lucha contra el cambio climático, para una vida activa de calidad, saludable y sostenible de las personas, siendo uno de los objetivos propuestos por la AGENDA 2030.

Para el caso concreto, de acuerdo con la información del Departamento Municipal competente, y una vez comprobada la realidad de los hechos objeto de comunicación, en atención a la relevancia que para la comunidad tiene la actividad de recogida de residuos y su repercusión en la imagen de Barcelona, como una administración comprometida con el medio ambiente y de lucha contra el cambio climático, se considera positiva la medida de mejora en la gestión pública adoptada por el órgano contratación, consistente en dar formación a la persona trabajadora y hacerla extensiva al resto del personal sobre los hechos concretos comunicados relativos a la recogida selectiva.

IX. PRESUNTA IRREGULARIDAD EN UN CONTRATO DE SERVICIOS DE NATURALEZA PRIVADA: COMITÉ DE EXPERTOS Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ANTICIPADAMENTE.

En el BEBG se recibió comunicación relativa a una presunta “simulación” de un procedimiento de contratación de servicios de naturaleza privada, instado por una entidad pública empresarial local del Ayuntamiento de Barcelona, para adjudicar el contrato a una mercantil concreta.

Admitida a trámite la comunicación y a la vista de los indicios aportados, se solicitó información a la entidad pública contratante, que remitió los correspondientes expedientes administrativos e informó que dada la polémica surgida por la adjudicación y el descontento de parte de la ciudadanía y el mundo empresarial se procedió a su resolución anticipada, dos meses después de su adjudicación.

Efectuadas el resto de las actuaciones de investigación, examinada la documentación remitida por el órgano gestor afectado, así como demás información facilitada, y analizada la normativa de aplicación vigente, se evidenció por parte del Buzón Ético presuntas irregularidades con relación a la utilización de la figura del Comité de Expertos y la resolución anticipada del contrato, por lo que evacuó las siguientes consideraciones y recomendaciones:

A. CONSIDERACIONES CONTRATOS PRIVADOS, ESTANDO VIGENTE EL TRLCSP

El art. 18 del TRLCSP⁹⁸ diferencia dentro de los contratos del sector público entre contratos administrativos y contratos privados: *"Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado"*.

Concretamente, *"Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas"*, y *"se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado"*(art. 20.2 del RDL 3/2011).

⁹⁸ Texto legal vigente en el momento y reseñado en la clàusula 1 transcrita del pliego de condiciones particulares

El art. 189 del TRLCSP especifica que "*los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas tienen que aplicar, para la adjudicación de sus contratos, las normas de la presente sección*", diferenciando entre la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (art. 190 TRLCSP), y la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada (art. 191 TRLCSP).

Respecto a los contratos no armonizados, como el contrato objeto de esta recomendación, se establece en el artículo 191.b) del TRLCSP que los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública tienen que aprobar unas Instrucciones Internas de Contratación (IIC) en las cuales se han de regular unos procedimientos de contratación de forma que se garantice la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación recogidos en el art. 191.a del RDL 3/2011, de 14 de noviembre.

En las Instrucciones de Contratación de la entidad pública empresarial local consta que "*Los contratos regulados en las presentes instrucciones de contratación son contratos privados, entendiendo estos como los contratos formalizados por entidades del sector público que no reúnen la condición de Administración pública. Los contratos privados no armonizados que celebre la entidad se regirán por las presentes instrucciones de contratación en las cuales se hace referencia a la preparación y adjudicación de los contratos, y por el TRLCSP, aplicándose supletoriamente las otras normas de derecho privado. Sin embargo, en lo relativo a los efectos y la extinción de los contratos regulados a las presentes instrucciones de contratación, éstos se regirán exclusivamente por el derecho privado, salvo la cuestión relativa a la modificación de los contratos que se regirá por aquello establecido en el Título V del Libro I del TRLCSP, en virtud del establecido en el artículo 20.2 de la referida norma*".

Respecto al orden jurisdiccional competente, el art. 21 del TRLCSP regula que "*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada*".

NORMATIVA DE APLICACIÓN A LOS CONTRATOS PRIVADOS NO ARMONIZADOS DE LA REFERIDA EPE.		
PREPARACIÓN ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS	Y	EFFECTOS Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS
Instrucciones de contratación TRLCSP Derecho privado (supletoriamente)		Derecho privado TRLCSP con relación la modificación de los contratos

B. CONSIDERACIONES SOBRE EL COMITÉ DE EXPERTOS EN EL CONTRATO DE SERVICIOS

CONCEPTO

El comité de expertos es un órgano que actúa en los procedimientos abiertos o restringidos en los que se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de un valor.

NORMATIVA DE APLICACIÓN

La figura del Comité de expertos fue introducida en el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y se reguló en el RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo RD 817/2009).

La regulación vigente del Comité de Expertos durante la tramitación del expediente de contratación objeto de la presente recomendación se enmarcaba en los artículos 150.2 y 160.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el TRLCSP, hoy derogado y sustituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público; así como el Capítulo IV del referido Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a fecha de hoy todavía vigente, en cuanto no se oponga en aquello dispuesto a la normativa vigente.

Se tiene que recordar que el TRLCSP estaba en vigor en la fecha del contrato objeto de la presente recomendación.

Concretamente, el art. 150.2 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre establecía que:

"2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (...)".

El art. 160.1 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, también se refería al comité de expertos:

"1. El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquel a efectos de formular la propuesta"

Así mismo, hay que tener en consideración los artículos 25 a 30 del Capítulo IV del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en los que se regulan los aspectos organizativos y procedimentales de la valoración de criterios que dependan de un juicio de valor, en los cuales estos tengan una ponderación superior a los criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas.

C. CONSIDERACIONES A LA PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES EN FUNCIÓN DE UN JUICIO DE VALOR.

El artículo 25 del RD 817/2009 relativo al órgano competente para la valoración expone que:

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

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

En este artículo se regulan dos requisitos para poder constituir el Comité de expertos:

- a) Que el procedimiento para adjudicar el contrato sea abierto o restringido, y
- b) Que los criterios cuya valoración dependen de un juicio valor tengan atribuida una ponderación mayor a la de los criterios evaluables de forma automática

Por lo tanto, a sensu contrario, el Comité de expertos no es el órgano competente para la valoración de la documentación que se realiza mediante la aplicación de fórmulas aritméticas, que de acuerdo con el art. 22 y 25 del RD 817/2009 corresponde, en todo caso, a la Mesa de contratación.

En el caso concreto, en pliegos de cláusulas particulares del contrato se especifica que el presente contrato se adjudicaba por procedimiento abierto y respecto la superior ponderación de la valoración de los criterios que dependen de un juicio de valor respecto a los criterios evaluables de forma automática. El PCAP especifica que la oferta económica es hasta xxxx puntos, y la proposición técnica hasta xxxx puntos, por lo tanto, es superior al 51%.

D. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PRESENTACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PONDERABLES EN FUNCIÓN De UN JUICIO DE VALOR

El artículo 26 del RD 817/2009 relativo a la "Presentación de la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor" indica que:

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

El propio artículo 26 del RD 817/2009 establece la finalidad a la que obedece que la documentación relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor se tenga que presentar en sobre independiente: evitar el conocimiento de la valoración de la oferta económica antes de que se haya efectuado la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor.

A tal efecto, hay que avanzar que en el Acta de la Mesa de Contratación de apertura de ofertas consta: 1) la apertura del sobre n.^º 3 que contienen la oferta económica de las empresas licitadoras, previamente a la apertura del sobre 2 relativa a la proposición técnica, la valoración de los criterios de la cual, requiere juicio de valor, y que además se *"pedirá informe al comité de expertos que evaluará las ofertas teniendo en cuenta los criterios de adjudicación establecidos de los pliegos"*; y 2) a mayor abundamiento, en el Informe técnico de adjudicación emitido por el Comité de expertos, consta en primer lugar la valoración de los criterios automáticos en lo referente a la oferta económica y después los criterios de juicio de valor de la propuesta técnica.

Por lo tanto, **la propia Acta, levantada por la secretaría de la Mesa de Contratación, da fe pública de que: el Comité de expertos tenía conocimiento de la valoración de la oferta económica**, no solo porque se abrió el sobre correspondiente previamente a la valoración del sobre que contenía criterios de adjudicación ponderables por un juicio de

valor, sino también porque **fue el propio Comité de Expertos quién valoró las ofertas económicas** presentadas por las empresas licitadoras. **Contraviniendo palmariamente, de este modo, la previsión legal.**

E. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE EXPERTOS Y DESIGNACIÓN DE LOS ÓRGANOS QUE TIENEN QUE EFECTUAR LA VALORACIÓN

El art. 28 del RD 817/2009 relativo a la "Composición del comité de expertos" regula que:

"1. *Cuando la evaluación deba efectuarse por un comité formado por expertos, éstos deberán ser como mínimo tres.*

2. *Siempre que sea posible, los miembros del citado comité habrán de ser personal al servicio del departamento ministerial u organismo contratante. En ningún caso podrán estar integrados en el órgano que proponga la celebración del contrato.*

3. *Todos los miembros del comité contarán con la cualificación profesional adecuada en razón de la materia sobre la que verse la valoración.*"

Respecto a la composición del comité de expertos, el Informe 34/09, de 25 de septiembre de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, diferencia entre el órgano de contratación y el órgano que tramita el expediente: "Evidentemente una cosa es el órgano de contratación, que ejerce las competencias que le atribuyen las disposiciones concretas, y entre ellas destaca la aprobación del expediente de contratación y de los pliegos, así como la adjudicación del contrato, y otra muy diferente es aquel órgano que se encarga de la tramitación y propuesta al órgano de contratación de la celebración del contrato definiendo y señalando los diferentes aspectos inherentes al procedimiento de adjudicación, entre ellos los criterios de valoración de las ofertas, la función de los mismos y su técnica de ejecución, órgano al que la Ley se está refiriendo como órgano proponente del contrato que, en función del sistema organizativo de cada Administración pública, tendrá encomendada tal función de propuesta de acción", y concluye que "por órgano proponente de la celebración del contrato debe entenderse, según la singular estructura organizativa de los diferentes órganos de contratación, aquel que en función de sus competencias ejerce la iniciativa de la contratación proponiendo la celebración del contrato al órgano de contratación".

El art. 29 del RD 817/2009 relativo a la "Designación de los órganos que deban efectuar la valoración" establece que:

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

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

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

En el expediente de contratación, el clausulado del PCAP, publicado en el perfil del contratante, prevé que el Comité de expertos está formado por tres miembros.

F. CONSIDERACIONES SOBRE LA APERTURA DE LOS SOBRES Y LA PRÁCTICA DE LA VALORACIÓN

El artículo 27 del RD 817/2009 relativo “Apertura de los sobres” dispone que:

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

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

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

El artículo 30 del RD 817/2009 referido a la “Práctica de la valoración” establece que:

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

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

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

Si se desglosan los artículos 27 y 30 en fases de tramitación administrativa, estas se podrían sintetizar en:

- 1º: La Mesa de contratación se reúne en acto público de apertura de la documentación administrativa.
- 2º: En un plazo no superior a siete días, a contar desde la apertura de la documentación administrativa, la Mesa de contratación se reúne en acto público donde SOLO se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente (la

documentación técnica), debe entregarse al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo.

- 3º: El Comité de expertos emitirá su juicio de valor en función de los criterios establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que será anterior a la "...apertura además de la documentación que integre la proposición..." y, por tanto, a la valoración de los criterios cuantificables de manera automática.
- 4º: La Mesa de contratación, en acto público, dará a conocer el resultado de la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor efectuada previamente por el Comité de expertos, y se procederá a la apertura de los sobres que contienen la documentación a valorar mediante fórmulas aritméticas (la oferta económica), aunque permite que el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca diferente disposición en cuanto al acto en que tenga que hacerse pública.

Revisado el expediente de contratación, objeto de la recomendación, constan las actas que evidencian el incumplimiento del procedimiento establecido en el citado RD 817/2009 y, por tanto, de las garantías inherentes al mismo.

En consecuencia, dada la documentación y la normativa expuesta, se evidencian las siguientes infracciones respecto a la institución del Comité de Expertos:

- El Comité de expertos **ha tenido acceso y ha valorado todos los criterios vinculados al objeto del contrato** y que servían de base para la adjudicación de este, es decir, tanto la proposición técnica (sobre n.º 2, cuyos criterios de adjudicación son valorados mediante juicios de valor, o sea, no automáticos) **como la oferta económica** (sobre n.º 3). **Y, además, estas últimas, las ofertas económicas de las licitadoras, las valoró antes que** las proposiciones **técnicas. Vulnerando**, por lo tanto:

- **el art. 25 del RD 817/2009** que, recordamos, regula que el Comité de expertos es el órgano competente de "*la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor*".
- **el art. 26 del RD 817/2009** que establece que "*La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos*".
- **el art. 30.2 del RD 817/2009** que expone que "*En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor*"
- **el art. 30.3 del RD 817/2009** que determina que "*La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura además de la documentación que integro la proposición.*..."

En tal sentido, el Informe 21/2009, de 16 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirmó que:

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

En la misma línea se pronuncia el Informe 12/2009 de 7 de mayo de 2010 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia: *"El único órgano competente para la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de juicio valor, al superar estos en ponderación a los evaluables mediante fórmulas automáticas es el comité de expertos ... Los criterios de adjudicación que en la presente contratación son evaluables mediante fórmulas automáticas corresponde a la Mesa de contratación"*.

Así mismo, la Resolución n.º 207/2013 de 5 de junio de 2013 del TACRC sentencia que:

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

- No consta que la apertura del sobre 3 se hiciera antes de abrir las ofertas económicas.*
- ...
- La valoración de esos criterios se hizo después de abrir las ofertas económicas".*

G. CONSIDERACIONES SOBRE LA LESIÓN A LA GARANTÍA DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS.

Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que la finalidad de la institución del Comité de expertos es reforzar la objetividad en la valoración de las ofertas, minimizando la posible discrecionalidad y subjetividad del juicio de valor, mediante la designación de tres miembros con calificación apropiada para su composición, independientes de la mesa de contratación y del órgano proponente del contrato.

En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la Resolución n.º 655/2018, de 6 de julio de 2018 del TACRC cuando expone que: *"la figura del comité de expertos se alza como una garantía para una correcta e imparcial valoración de aquellas ofertas donde los juicios de valor tienen un determinado peso en el total de la puntuación a otorgar por el órgano de contratación. Es decir, en definitiva, el comité de expertos no se constituye como un determinado requisito ante un determinado escenario, y si no estamos en él no puede acudirse al mismo, sino que, y como afirmamos, es un instrumento al que los órganos de contratación pueden acudir para asegurar la correcta e imparcial valoración de las ofertas que se incluyan en una licitación"*.

En la misma línea, el informe 21/2009, de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón afirma que:

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

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

Hay que destacar el Informe de 34/2009, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el cual se destacó la independencia del comité de expertos que:

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

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

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

En este sentido, así mismo, **hay que recordar** que, de forma reiterada, los artículos 26, 27 y 30 del RD 817/2009 regulan la **independencia y separación de la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor respecto de la ponderación de los criterios evaluables de forma automática, exigiendo la presentación de la documentación en sobre independiente y la valoración previa de los criterios sometidos a juicios de valor** respecto los evaluables de forma automática; para evitar que el Comité de expertos tenga conocimiento de estos últimos **en el momento de proceder a evacuar su informe, y por tanto, eliminando cualquier posible influencia** en la puntuación de los criterios evaluables de forma automática. **Prevención legal que no fue observada en el supuesto que nos ocupa** tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados precedentes, incurriendo por lo tanto en una infracción de los preceptos reseñados.

H. CONSIDERACIONES A LA MOTIVACIÓN EN La EMISIÓN DE LA VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR.

Los Comités de Expertos disfrutan del criterio de discrecionalidad técnica. Así se pronuncia el TACRC, por ejemplo, en:

-Resolución n.º 209/2011:

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Expte. TACRC 163/2011

-Y en resolución nº 210/2013:

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

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

Si bien, tal y como dispone la sentencia de 24 de septiembre de 2014 del Tribunal Supremo se exige que el informe técnico de valoración cumpla con los siguientes requisitos:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;
- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico;

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

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 98/2015 “*Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica. La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”*

En el caso concreto, se evidencia una exigua motivación en la emisión del informe técnico de valoración del Comité de expertos, puesto que en primer lugar, no ha motivado cada puntuación dada por los diferentes conceptos que constan en los pliegos de cláusulas particulares, y, en segundo lugar, porque no hay evidencias del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia de 24 de septiembre de 2014 del Tribunal Supremo en la emisión de su juicio.

I. CONSIDERACIONES A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO Y A SU LIQUIDACIÓN

NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

De acuerdo con el art. 20 del TRLCSP (legislación vigente en el caso concreto) los contratos privados: “*En cuanto a los efectos y extinción, estos contratos se rigen por el derecho privado*”.

No obstante, tal y como ya se avanzó en el informe jurídico de resolución del contrato de la entidad pública empresarial **no se hacía ninguna referencia al derecho privado, sino que se remitía en el artículo 223 c) del TRLCSP en cuanto a la causa de resolución del contrato y en los artículos 224.4 del TRLCSP y 109 del RGCAP en cuanto a la tramitación del procedimiento**.

A tal efecto, procede reproducir la Resolución n.º 214/2015 de 6 de marzo de 2015 del TACRC, en el cual se considera ajustada a normativa la remisión a derecho administrativo en cuanto a los efectos y extinción de los contratos privados dado el principio de libertad de pactos: “*En relación con este precepto cabe, de manera sintética hacer una reflexión general que determine la desestimación global de la alegación realizada por el recurrente en su escrito de recurso. Ello sería que, sin perjuicio de la aplicabilidad a esta materia, efectos y extinción en los contratos privados de referencia, debe considerarse que tal normativa privada no tiene carácter imperativo sino dispositivo y, por ello, es de aplicación en defecto del pacto entre particulares, sus normas, en definitiva no son normas de derecho necesario que haya de regir en todo caso sino que, como consecuencia de aplicarse a una relación jurídico privada son normas dependientes de la voluntad de las partes y de aplicación en defecto de pacto entre ellas, y así debe entenderse el artículo 1255 de nuestro código Civil, que establece el principio de libertad de pactos en el ámbito privado, cuando dispone que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por*

conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Principio este que enunciamos que tiene su réplica en el artículo 25 del TRLCSP, pero que traemos a colación en el ámbito privado porque es el que resulta de aplicación a esas fases posteriores del contrato que es objeto del presente recurso. Con ello, sin ánimo de taxatividad, queda claro que el régimen en el ámbito privado negocial es el que las partes libremente fijen, y por tanto, no puede hablarse, como pretende el recurrente de que el contrato al establecer cláusulas de contenido idéntico a las establecidas para los contratos administrativos, es nulo, ya que ello supone, cuando menos, un claro desconocimiento del régimen jurídico de los contratos que se celebre por la administración, por sí o a través de los entes que la conforman, con independencia de la naturaleza de éstos. Sentado, pues, que es correcta esa previsión genérica del régimen de los contratos administrativos al presente, de naturaleza privada, puesto que las partes son libres para establecer las cláusulas que estimen convenientes y adherirse o no al contrato según deseen",

Realizada esta aclaración, el artículo 221 del TRLCSP especifica que "*los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución*".

El art. 223.c) del TRLCSP, referido en el informe jurídico de 27 de octubre de 2017, especifica, entre las **causas de resolución** del contrato, el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Causa que también se encuentra recogida en la cláusula 6.1.h de los Pliegos de Cláusulas Particulares que rigieron el contrato, objeto de esta recomendación.

Y el art. 224.4 del TRLCSP, también referido en el mencionado informe, relativo a "**Aplicación de las causas de resolución**", establece que "*La resolución por mutuo acuerdo sólo puede tener lugar cuando no concurre otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que por razones de interés público sea innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato*".

Por lo tanto, se puede concluir que **los requisitos materiales exigibles** por la resolución del contrato por mutuo acuerdo son:

- Que no concorra ninguna otra causa de resolución imputable al contratista.

El objetivo de este requisito es evitar que la adopción de decisiones por parte de la Administración sean tomadas en interés del contratista, es decir, evitar que los contratos finalicen por mutuo acuerdo cuando se tendrían que finalizar por causa imputable al contratista, y por tanto, excusar al contratista de la correspondiente imposición de sanciones e indemnizaciones, puesto que si la causa de resolución del contrato es por incumplimiento culpable del contratista, este tendría que indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados (art. 225.3 TRLCSP).

- Que existan razones de interés público

El interés público es el fundamento de la contratación pública. El art. 22 TRLCSP recoge que "*Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*".

No solo opera en la preparación, licitación y ejecución del contrato, sino que también tiene que estar presente en la causa de su finalización, requiriendo el correspondiente análisis objetivo causal de la resolución del contrato.

II. Respecto a su tramitación, el art. 224.1 regula que "*La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*", que exige su remisión al RGLCAP y concretamente al art. 109, también citado en el Informe expuesto, el cual prevé:

"La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) *Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.*
- b) *Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.*
- c) *Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.*
- d) *Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.*

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

III. Finalmente, respecto a los efectos de la resolución, el art. 225.1 del TRLCAP establece que "*Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas*"; y el art. 309.1 del TRLCAP que "*La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración*".

Hay que hacer referencia también a que el art. 301.2 del TRLCAP especifica que "*Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos*

protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante... ”.

CONCLUSIONES

Por lo tanto, una vez examinada la documentación y la información obrante en el expediente, y analizada la normativa de aplicación, para fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, y centrándonos exclusivamente en las irregularidades contractuales detectadas y descritas en los apartados precedentes, procede realizar las siguientes conclusiones:

- a) Incumplimientos relativos a la configuración y funciones del Comité de expertos y las valoraciones de las proposiciones:

El Comité de expertos: 1) ha tenido acceso y ha valorado los criterios vinculados al objeto del contrato y que servían de base para su adjudicación: oferta económica (sobre n.º 3) y proposición técnica (sobre n.º 2), 2) Y, además, según consta en el propio informe técnico evacuado por dicho Comité de Expertos, la valoración de la oferta económica se hizo antes de la valoración de la propuesta técnica que dependía de criterios sujetos a juicios de valor. Hechos estos han implicado:

A) Vulneración de los artículos 25, 26, 30.2, 30.3 del RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por tanto de las garantías inherentes a los mismos dirigidas, entre otros, a proteger la transparencia, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos abiertos en los que, como es el caso que nos ocupa, se haya atribuido a los criterios evaluables de forma automática una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (nos remitimos aquí, entre otras, a las ya citada Resolución n.º 655/2018, de 6 de julio de 2018 del TACRC e informe 21/2009, de 16 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón...)

B) Confusión entre la Mesa de Contratación y el Comité de expertos en cuanto a la valoración económica en la medida en que esta función fue asumida por el propio Comité de expertos limitándose la Mesa a elevarla al órgano de contratación.

- b) Irregularidades en la toma de decisiones relativa a los conceptos y cantidades de la liquidación del contrato por causa de mutuo acuerdo.

Habida cuenta el contenido de los correos electrónicos entre XXX, que refieren conversaciones in generis, cantidades arbitrarias sin justificar documentalmente, pactos que no están protocolizados, abonos parciales a la expectativa de un proyecto, objeto del

contrato, se evidencia, del conjunto de todos ellos, falta de rigor e irregularidades hacia la transparencia, la motivación y la formalización de los costes de liquidación del contrato.

c) Falta de justificación de los trabajos y costes alegados por la empresa adjudicataria y que finalmente fueron abonados por la entidad pública empresarial

- Falta de correlación entre la nota de prensa de la entidad pública empresarial de retirada del proyecto con la documentación presentada por la empresa adjudicataria donde se imputa los costes del mismo mes y del mes posterior a que se retirase aquél.

- Orfandad justificativa que se ha dado a pesar de que muchos de los supuestos alegados eran tributarios de una fácil y sencilla acreditación. Por ejemplo, respecto a los costes salariales alegados un buen elemento indicativo habría podido ser la identificación de las personas que, según la empresa, participaron en el proyecto, la aportación de las nóminas o los TC de los/as trabajadores/as, así como una mínima relación de los servicios concretos prestados. También imputa la empresa, a la cantidad reclamada, el coste de haber mantenido reuniones: a) con representantes del sector XXX pero no se aporta ninguna acreditación al respecto, ni tan siquiera, la identidad de los sujetos que participaron, ni el lugar donde se celebró (solo constan citadas 2 fechas), b) con 4 personas físicas pero al respecto tampoco se da ningún detalle (ni nombres, ni fechas, ni lugar...). E igualmente se dice que se buscó y se trabajó “con una nueva fotógrafo”, en este caso se podría haber identificado a la profesional, aportar el instrumento jurídico que amparaba la relación contractual, mercantil o laboral, así como el recibo del abono de sus servicios. Además tampoco en la cuantía total reclamada se hace un desglose de la parte que corresponde a cada una de estos trabajos.

c) Falta de justificación y transparencia en la redefinición del proyecto, respecto a la propuesta técnica presentada en la licitación por la empresa adjudicataria.

En atención a la documentación presentada por la empresa adjudicataria, hay indicios que el proyecto fue “redefinido” después de reuniones con el equipo de la entidad pública empresarial y la empresa adjudicataria, pero en el expediente administrativo no consta ninguna referencia relativa a las alegadas. Pero además, de haberse celebrado, al no constar levantadas actas de las mismas no hay evidencias de la motivación por la cual una propuesta técnica que obtuvo una puntuación con excelencia fue “redefinida” ya el día siguiente de su adjudicación y antes incluso de la publicación de esta. Circunstancia que hace aconsejar que se valore la conveniencia o viabilidad de un análisis de las dos propuestas técnicas (la presentada en la licitación, y la presentada en la liquidación) por parte de técnicos expertos competentes para verificar si la propuesta técnica de redefinición del proyecto podría suponer una alteración de la propuesta técnica presentada en la licitación, con entidad suficiente para poder ser considerada una modificación del contrato.

d) No consta argumentación jurídica que ampare legal ni contractualmente la obligación de la entidad pública empresarial de abono a la adjudicataria de la cantidad de XXX euros por la cesión de derechos, ni la fundamentación de su pago, ni la motivación respecto a la procedencia de aquella cantidad de XXX euros y no otra. Tampoco consta ningún estudio o informe técnico o jurídico que justifique la valoración de los referidos “derechos creativos y propiedad intelectual” en la cuantía de XXX.

RECOMENDACIÓN

Habida cuenta el modelo de gobernanza pública del Ayuntamiento de Barcelona, basado en la ejemplaridad y la ética pública en las actuaciones administrativas, en cumplimiento de la normativa de aplicación y de las buenas prácticas, se formulan las siguientes recomendaciones a la vista del análisis estrictamente técnico del contrato que nos ocupa, practicado por el Órgano Gestor del Buzón Ético, en el ejercicio de sus competencias:

I. RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS RESPECTO AL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN:

- **Dar traslado de la presente Recomendación a la Intervención General del Ayuntamiento de Barcelona a la vista de su contenido y en atención a las competencias que legalmente tiene atribuidas. Y en especial en cuanto al posible análisis y control financiero del contrato objeto de la recomendación extractada y que a la vista de sus resultados se adopten las medidas legales pertinentes y, de ser el caso, se depuren las responsabilidades, de cualquier tipo, en que se pudiera haber incurrido, interesando que, del mismo se dé traslado a esta Dirección de Análisis a los efectos de su seguimiento y al amparo de lo que disponen las Normas Reguladoras del Buzón Ético.**
- **Dar traslado de la presente Recomendación a la Secretaría General en virtud de las funciones que le reconoce, entre otros, el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.**
- **Dar traslado de la presente Recomendación al órgano de contratación para que se valore el posible reintegro de la cuantía abonada a la adjudicataria a raíz de la resolución del contrato por mutuo acuerdo por los conceptos de trabajos efectuados durante los meses de mayo a junio así como por la cesión de los “derechos creativos y propiedad intelectual”.**

- Dar traslado al Comité de ética por si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción del código ético en materia, entre otros, de: a) gestión y aplicación de los recursos públicos (art. 11 del referido cuerpo normativo); b) contratación pública (art. 13) y en especial por lo que se refiere al conflicto de interés (artículo 13 en relación con el 8) alegado.

II. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA FUTURAS LICITACIONES:

- Estricto respecto a las previsiones legales establecidas en relación a la figura del “Comité de Expertos” en los casos que preceptivamente este tenga que intervenir.
- Que conste debidamente acreditado en el expediente la efectiva realización de los servicios trabajados o prestaciones llevadas a cabo por las empresas adjudicatarias en fase de ejecución del contrato antes de proceder a su pago por la entidad pública empresarial.

X. PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES POR PARTE DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS EMPRESAS ADJUDICATARIAS. PUBLICIDAD DE LAS AGENDAS PÚBLICAS.

En el BEBG se recibió una comunicación relativa a la presunta irregularidad en el cumplimiento de algunas de las cláusulas del Pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente XXX, relativo al otorgamiento de autorizaciones de ocupación temporal en el espacio público de Barcelona para la instalación de servicios de temporada.

Concretamente, en la comunicación se informa que el/la titular de una licencia montó su instalación antes de pagar la tasa correspondiente de forma que, según la persona comunicante, este/a obtuvo así una posición más provechosa que el resto de adjudicatarios/arias que montaron más tarde sus instalaciones. Esto, a pesar de que en las cláusulas administrativas particulares se recogía expresamente que: 1) el pago del importe resultante de aplicar a la oferta presentada por el adjudicatario/aria las tasas establecidas se tenía que realizar previamente a la instalación de los servicios de cada temporada y 2) que no se daría permiso para el montaje de la instalación si no se había acreditado, previamente, el pago del referido importe. En la comunicación también se añadía que: a) el órgano de contratación se apartó de lo establecido en los pliegos, cambiando de criterio y permitiendo que la instalación fuera montada sin que se hubiera ingresado la tasa correspondiente; y b) que determinados operadores podían haber obtenido la información relativa al cambio de criterio antes que los demás. La comunicación venía acompañada entre otros indicios de una fotografía del montaje de la instalación que presuntamente se había realizado antes de que se procediera al pago de la tasa.

Recibida la comunicación, el BEBG efectuó las actuaciones de investigaciones pertinentes, entre otras: 1) Visualización en la plataforma de contratación de la Generalitat de Cataluña y análisis de los expedientes administrativos de aplicación⁹⁹; 2) Solicitud de información al

⁹⁹ A tal fin es necesario esclarecer que los servicios de temporada XXX están regulados por dos expedientes diferentes, uno del año 2017 y otro del año 2021.

Respecto al expediente de 2017, el régimen jurídico aplicable es aquel establecido en el decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales y, en los supuestos en los que se estime necesario garantizar el principio de libre concurrencia, el Real Decreto Legislativo 3/ 2011 coma de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público, de aplicación subsidiaria en lo referente al procedimiento de otorgamiento en aquello no previsto en estas prescripciones.... (cláusula dos de los pliegos).

órgano gestor; 3) Solicitud de ampliación de información a la persona comunicante; 4) Visualización de la agenda pública de un representante municipal; 5) Solicitud de informe a la Tenencia de Alcaldía correspondiente en relación con la publicación de contactos y/o reuniones con un grupo de interés por parte de la representación municipal.

Del resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se constató, entre otros extremos:

- Que, el órgano contratante, al responder a la solicitud de información formulada por el BEBG confirmó que, efectivamente, adoptó la decisión de no cobrar la tasa inmediatamente antes de aprobar la petición de montaje. Decisión que se motivó, según el referido órgano, en la posibilidad de que los adjudicatarios pudieran avanzar en el desarrollo del servicio que tenían adjudicado mientras se tramitaba el expediente por el cual se rebajarían sus tasas un XX% y pudieran, así, ir montando de forma escalonada, tal como se realizaba cada temporada, y esto por cuanto la motivación del Decreto de reducción de tasas era evitar un esfuerzo económico excesivo para unos negocios que habían sufrido de manera importante la crisis de la pandemia del COVID 19, y por esta razón se consideró conveniente flexibilizar una de las obligaciones establecidas en el pliego, y hacerlo en igualdad de condiciones respecto de todos los autorizados.

A raíz de esta respuesta, el órgano gestor del Buzón Ético interesó al órgano de contratación que aportara el acuerdo o resolución que amparaba esta decisión, acompañando copia de la misma e indicando la forma de la publicidad que se dio a esta medida para los diferentes operadores (entre otros extremos, si se les informó, fechas de la comunicación y canal utilizado para la misma). El órgano municipal contratado no facilitó al BEBG la información solicitada.

- Que dos empresas del expediente de 2017, una de ellas identificada en la comunicación, solicitaron permiso de montaje antes de la aprobación del Decreto de reducción de las tasas y que, el órgano municipal contratante, lo autorizó.
- Existencia de contactos entre un grupo de interés y representantes del Ayuntamiento, según informe del órgano contratante afectado.

Respecto al expediente de 2021, el régimen jurídico aplicable es aquel establecido en el decreto 336/1988, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del patrimonio de los entes locales y, en el supuesto en que sea necesario garantizar el principio de libre concurrencia, la ley 9/ 2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, de aplicación subsidiaria en lo referente al otorgamiento. En aquello que no esté previsto en estas prescripciones.... (cláusula dos de los pliegos).

A raíz de esta afirmación, sobre la existencia de contactos¹⁰⁰ con un grupo de interés, el Buzón Ético revisó el Portal de Transparencia constatando la falta de publicación de estos o cualesquiera otros contactos, en la agenda pública del/de el/la representante municipal aludido/a. Motivo por el cual se le dio traslado al mismo.

Efectuadas las actuaciones de investigación correspondientes, examinada la documentación requerida al órgano gestor afectado, así como demás información obtenida, y analizada la normativa de aplicación, se trasladaron las siguientes consideraciones y recomendaciones:

CONSIDERACIONES

DEL VALOR JURÍDICO DE LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

La Resolución n.º 049/2011, de 24 de febrero, del TACRC, recogió la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la doctrina según la cual los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas son ley entre las partes:

"... En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocado «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982)".

En el mismo sentido, la Resolución n.º 271/2012, de 30 de noviembre, del TACRC expone que:

"... tal y como tiene dicho este Tribunal en diversas resoluciones como la nº198/2011 y, por todas, la nº 163/2012 (Rec. 146/2012): cuando sobre el carácter del pliego dice: Pues bien, ante todo debe indicarse que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación."

¹⁰⁰ Al respecto, se ha de decir que de acuerdo con la Guía de grupos de interés y el Protocolo aplicable en las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia, la actividad de influencia o de intermediación es perfectamente lícita y legítima, y permite aportar información, puntos de vista y datos valiosos a los que toman decisiones públicas y, por tanto, mejorarlas. Aunque se habrá de articular las medidas de transparencia pertinentes de acuerdo con la normativa aplicable al efecto.

La Resolución 6/2016, del TACRC, compendia la doctrina relativa a que los pliegos tienen valor de ley:

"...Es indudable concluir que el pliego de cláusulas administrativas particulares que debe regir cada licitación tiene en esta valor de ley, sin que en ningún caso deba extraerse la conclusión de que habrá de estarse sólo a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por el contrario, de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar, en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato. De este modo, todos aquellos supuestos que impliquen falta de cumplimiento de las disposiciones que rigen la contratación pública y, en especial, la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas, deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta hecha por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos tanto por el pliego de cláusulas administrativas particulares, como por el de prescripciones técnicas".

Por otro lado, la Resolución 26/2013 de 29 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, recoge que las consecuencias jurídicas de su incompatibilidad con la normativa:

"La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas forma parte de la preparación de los contratos y las consecuencias jurídicas de su eventual incompatibilidad con la disciplina legal deben examinarse a la vista de lo previsto en los artículos 31 a 39 del TRLCSP, en los que se regula el régimen de invalidez de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos".

PRINCIPIOS DE IGUALDAD, TRANSPARENCIA Y LIBRE COMPETENCIA

El artículo 132 de la LCSP recoge los principios de igualdad, transparencia y libre competencia:

"1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.

3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”

Hay que recordar que la cláusula 2 apartado 2.2 del expediente 21/002 CIP, relativa a la Normativa aplicable remite, para establecer el régimen aplicable al contrato, a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que se estime necesario garantizar el principio de libre concurrencia.

Por otro lado, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2008, señala que *“el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos”*.

Asimismo, la sentencia del TJUE, de 22 de abril de 2010, prevé que *“mediante la clara redacción de los términos del anuncio, debe ofrecerse objetivamente a todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, la oportunidad de hacerse una idea concreta del objeto de la licitación, y de formular consecuentemente su oferta”*, con el objetivo de *“garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora”*(Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2013)

En el mismo sentido el Tribunal de Contratación Administrativa de Madrid en su acuerdo 157/2014 de 17 de septiembre de 2014 expone que *“el acceso a una información clara y completa por parte de todos los potenciales licitadores es una exigencia del principio de transparencia”*, y que *“los principios jurídicos que deben informar todo tipo de licitación son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”*.

Finalmente, hay que hacer referencia la Instrucción 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña que establece, como directriz para impulsar la transparencia y promover la concurrencia, la conveniencia de utilizar el perfil del contratante como instrumento de comunicación, y de formulación/resolución de consultas.

FORMA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El artículo 36 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge la forma del acto administrativo:

“1. Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.

2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido..."

La forma del acto administrativo es la manera en la que se producen los actos administrativos, que puede ser oral o escrita. Si bien, y en aplicación del art. 36.2 de la citada ley en algunos supuestos, el ejercicio de la competencia se puede realizar de forma verbal, se precisa su constancia escrita en los términos establecidos por el citado precepto.

Respecto a los hechos concretos de la comunicación, de acuerdo con la cláusula XX in fine del pliego de condiciones relativa a la normativa aplicable "*La presentación de las proposiciones por parte del licitador implica la aceptación íntegra del contenido de los pliegos, de sus anexos y de la normativa aplicable*".

Por lo tanto, no se puede alterar unilateralmente las cláusulas de los pliegos administrativos, sin seguir el procedimiento establecido, aunque sea en beneficio de las empresas adjudicatarias, dado que son determinantes tanto para los licitadores como para la Administración contratante, el hacerlo así sería contrario a los principios de concurrencia e igualdad de trato.

II. En el caso concreto, en los pliegos de cláusulas administrativas constan las cláusulas XX, XX y XX con idéntico contenido para los expedientes XXX y XXX. Estas cláusulas recogen la obligación de pagar la tasa previa al permiso de montaje de la instalación.

Los hechos de la comunicación informan de una empresa adjudicataria del expediente XX que procedió al montaje de la instalación, y presuntamente sin haber hecho el previo pago de la tasa.

Al respecto, el órgano municipal competente informó al órgano gestor del Buzón Ético que "*la decisión de no cobrar la tasa de manera inmediatamente anterior a la solicitud de montaje se motivó en la posibilidad de que pudieran avanzar en el desarrollo del servicio que tenían adjudicado mientras se tramitaba el expediente por el cual se rebajarían sus tasas un 75% e ir montando escalonadamente*".

De la documentación proporcionada por el órgano gestor, en relación con la decisión de no cobrar la tasa previamente a la solicitud de montaje, el único apoyo documental proporcionado al respecto es la referencia que de la misma hace, (en los términos transcritos en el párrafo precedente) en el informe remitido al BEBG, pero no consta documentada la existencia de acto administrativo o decisión en tal sentido, ni su publicación o comunicación en igualdad de condiciones a la totalidad de los adjudicatarios del expediente.

AGENDA PÚBLICA – REGISTRO GRUPO DE INTERÉS

Sin perjuicio que en el caso concreto, según información de la Tenencia afectada, no existió contacto entre cargo electo y grupo de interés, y partiendo como se ha dicho de que según la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable con las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia, la actividad de influencia o de intermediación es perfectamente lícita y legítima, y permite aportar información, puntos de vista y datos valiosos a quienes toman decisiones públicas y, por lo tanto, mejorarlas, en el ejercicio de las funciones de prevención que entre otros se encomiendan a la Dirección de Análisis en virtud del art. 26 de las Normas reguladoras del Buzón Ético se procederá a formular, una vez hecho el correspondiente análisis jurídico, las recomendaciones en materia de Agenda Pública y Grupo de interés correspondientes.

- I. A tal efecto hay que recordar que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno emitió la "Recomendación 1/2017 sobre la publicación de las agendas dirigida a miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y altos cargos de la Administración" y en su Preámbulo consta que:

"Si bien es cierto que los contenidos de las agendas de los altos cargos no están, en principio, afectados por el principio de publicidad activa de los artículos 6 y siguientes de la LTABG -que obliga a publicar, de oficio, determinada información de carácter institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica e información económica, presupuestaria o estadística-, no es menos cierto que dichas previsiones normativas constituyen un mínimo que puede desarrollarse con carácter voluntario por parte del organismo concernido o que debe sumarse a la publicidad activa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LTABG, que prevé la incorporación a las obligaciones de publicidad activa de aquella información "cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia".

...

"Esta demanda y el interés que manifiesta, entroncan directamente con el objetivo último con el que fue aprobada la Ley de Transparencia y con el interés legítimo de los ciudadanos en la rendición de cuentas y favorece el escrutinio de la actividad pública.

El conocimiento de las agendas de los responsables públicos ayuda a alcanzar este objetivo y su contenido constituye, con carácter general, información que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información pública, en la medida en que obran en poder de organismos públicos sujetos a la Ley. Es decir, constituye información pública a los efectos del artículo 13 de la LTABG.

En consecuencia, la información referida a la actividad de quienes dirigen, organizan y son responsables de la toma de decisiones, contribuye a formar en la ciudadanía un mejor conocimiento de la actividad pública y, con ello, a facilitar el escrutinio ciudadano y el ejercicio del control democrático.

Por otra parte, la publicación de esta información constituye una buena práctica que se asume con mayor frecuencia entre los responsables de la actividad pública, así como un medio de participación de los ciudadanos en los asuntos que les conciernen.

Por ello, entiende el CTBG que la información acerca de la actividad pública diaria de los responsables públicos -siempre que tenga trascendencia pública y con exclusión, por tanto, de aquella estrictamente relacionada con el funcionamiento interno o cotidiano de los correspondientes organismos-, debe ser publicada con la mayor extensión posible y sin perjuicio de la aplicación de los límites establecidos en la LTABG entendidos según lo previsto en la norma y de acuerdo con la interpretación restrictiva que de los mismos realiza este Organismo y los Tribunales de Justicia.

El Consejo entiende, asimismo, que el objeto de esta publicación debe ser la agenda de trabajo del responsable público como reflejo de su desempeño diario y del ejercicio de sus competencias, funciones y tareas.

...
Por lo demás, en España algunas de las leyes de transparencia aprobadas por las Comunidades Autónomas (CCAA) –concretamente y hasta el momento, las de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia y la Región de Murcia- han incluido la publicación de las agendas dentro de las obligaciones de publicidad activa. Igualmente, diversas ordenanzas municipales ya regulan y prescriben la obligación de desarrollar agendas transparentes e, incluso, han determinado el formato, alcance de obligaciones y contenidos concretos”

II. La Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno recoge en su art. 55 como principios de actuación los siguientes:

“1. Los altos cargos tienen que actuar de acuerdo con los principios éticos y las reglas de conducta siguientes:

...
c) La transparencia de las actividades oficiales, de los actos y decisiones relacionados con la gestión de los asuntos públicos que tienen encomendados y de su agenda oficial, a los efectos de publicidad del Registro de grupos de interés, establecido por el título IV”

La Secretaría de Transparencia y Gobierno Abierto de la Generalitat de Cataluña aprobó, en fecha 22 de julio de 2016, un documento sobre "Obligaciones de publicidad activa derivadas del código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la administración de la Generalitat y de las entidades de su sector público" (Acuerdo del Gobierno de 21/6/2016) respecto a la Agenda pública con grupos de interés, obsequios, invitaciones a viajes, desplazamientos y alojamientos. Esta guía en relación con los criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos recoge que:

“II. Criterios de publicidad activa de los altos cargos y directivos

Se fijan, en relación a determinados compromisos de publicidad activa que asumen los altos cargos y directivos de la Administración de la Generalitat de Cataluña y de las entidades de su sector público que formalicen el documento de adhesión al contenido del Código de conducta los criterios siguientes:

II.1 Agenda pública con grupos de interés

La agenda pública con grupos de interés incluye la relación de todas las reuniones, actas u otras actividades que se hayan llevado a cabo con personas consideradas grupos de interés: Son grupos de interés las personas físicas o jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica que llevan a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración o la aplicación de las políticas públicas o en la elaboración de propuestas normativas.

Quedan excluidas las actividades relativas a la prestación de asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente a defender los intereses de los afectados por procedimientos administrativos, las destinadas a informar a un cliente sobre una situación jurídica general, las actividades de conciliación o mediación llevadas a cabo en el marco de la ley, o las actividades de asesoramiento llevadas a cabo con fines informativos para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidos por el ordenamiento jurídico.

Información a publicar:

*- Fecha: Fecha de la actividad o contacto
- Grupo de interés: Denominación de la persona física o jurídica u organización sin personalidad jurídica con quien se mantiene el contacto. En el supuesto de que se haya inscrito al Registro de grupos de interés, se hará constar la denominación inscrita.*

- Inscripción en el RGI: Se hará constar uno de los tres literales siguientes:

- "Sí, Grupo de interés inscrito"*
- "Grupo en proceso de inscripción"*
- "Declaración de compromiso de inscripción"*

- Número de RGI: Número identificador en el RGI de la Generalitat de Cataluña, de lo contrario, en blanco.

- Actividad: Descripción del tipo de actividad (Reunión, acto, jornada formativa...)

- Tema: Breve descripción de la actividad

- Alto Cargo: Nombre y apellidos del alto cargo, con inclusión, si procede, del tratamiento.

- Cargo: Literal que describe el cargo.

Formato y actualización

La información se mostrará en un fichero excel único para cada uno de los departamentos y por cada una de las entidades del sector público, de acuerdo con una plantilla y formato normalizados. La presentación inicial será ordenada por fecha decreciente y alfabéticamente de grupo de interés. La actualización del fichero será semanal, incluyendo los registros anteriores".

Posteriormente, en fecha 14 de octubre de 2021, la Comisión Interdepartamental de Transparencia y Gobierno abierto aprobó un documento sobre "Criterios de publicidad activa

de información relativa a las agendas públicas y a los obsequios e invitaciones recibidos por el personal con rango de subdirección general o asimilado".

III. El Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública recoge en su art. 33 relativo a "Agendas públicas, obsequios, viajes y otra información relevante que:

"1. Se deben hacer públicas, con identificación del nombre, apellidos y cargo, y con periodicidad mensual, las informaciones relativas a los altos cargos de las administraciones públicas y al personal directivo de las entidades de los sectores públicos respectivos siguientes:

a) *Las agendas públicas con respecto a los contactos y reuniones mantenidos con los grupos de interés, en los términos y con los requisitos definidos en la normativa vigente reguladora de los grupos de interés.*

En todo caso, esta información debe contener la fecha de la reunión, el nombre del grupo de interés, y la persona o personas que actúan en nombre de este, así como el objeto de la reunión con la precisión suficiente para conocer el contenido principal".

IV. El CEC establece, en el artículo 12, las Normas de conducta relativas a la transparencia y acceso a la información que:

"Con el fin de garantizar el principio de transparencia en el desarrollo de sus funciones y responsabilidades, en el ejercicio de su cargo y dentro de su ámbito competencial, las personas sujetas a este Código deben adaptar sus conductas a las siguientes normas:

...
d) El Gobierno municipal, el resto de los miembros electos y los altos cargos harán públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionados con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del registro de grupo de interés.

n) Extender a los comisionados y las comisionadas, a los concejales y las concejalas municipales y al personal eventual las obligaciones que, en materia de publicación de retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno".

A los efectos de consideración de altos cargos, en el portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona consta que: *"En el ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos las y los cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/a) de las entidades municipales."*

GUÍA PARA PUBLICAR AGENDAS DEL GOBIERNO MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

En el Ayuntamiento de Barcelona hay una guía interna sobre la publicación de las agendas de regidores y comisionados, en la cual consta, entre otros extremos, que se tendrá que publicar todas las reuniones y otros acontecimientos relevantes: reuniones con agentes externos; reuniones con otras administraciones públicas, partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales; reuniones internas de especial relevancia para la toma de decisiones; reuniones de las instancias del Ayuntamiento de Barcelona como por ejemplo del Consejo Municipal, el Pleno de Consejo Municipal y la Junta de Portavoces, las comisiones del Consejo Municipal, etc.; intervenciones en medios de comunicación, en conferencias y actos públicos; y acontecimientos y actos institucionales...

REGISTRO DE GRUPOS DE INTERÉS

En conformidad con la Guía sobre los grupos de interés y el Protocolo aplicable en las relaciones de altos cargos del Departamento de Justicia:

"En las agendas oficiales de todos los altos cargos y personal directivo también hay que registrar los contactos con los grupos de interés. Por saber cuándo nos encontramos ante un grupo de interés, hay que tener presente que la Ley ha optado por una definición muy amplia de grupo de interés y que los elementos principales a tener en cuenta son:

*-Que la entidad, empresa u organización pueda entrar en contacto con el alto cargo o directivo
-Que como consecuencia de este contacto pueda influir o tratar de influir en la toma de decisiones
La actividad de influencia se puede desplegar a través de contactos como las reuniones, las audiencias a entidades, la aportación de propuestas normativas, la organización de actos conjuntos o la participación en actas como invitado."*

Así mismo, establece un procedimiento previo al contacto con los grupos de interés, que a continuación se reproduce:

"De acuerdo con el apartado 2 del Protocolo de actuación aplicable a las relaciones de los altos cargos y del personal directivo de la Administración de la Generalitat y de su sector público con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo pueden mantener contactos con un grupo de interés cuando esté acreditada su inscripción en el Registro de grupos de interés o, subsidiariamente, si el grupo de interés ha formalizado la solicitud y está en proceso de inscripción.

Con esta finalidad, antes de mantener reuniones o de hacer actividades conjuntas con los grupos de interés, los altos cargos y el personal directivo tienen que seguir este procedimiento:

I. Comprobar que los grupos de interés afectados están inscritos (1) o en proceso de inscripción (2) en el Registro de grupos de interés por medio de la aplicación telemática de consulta del Registro. Excepcionalmente, si concurre una causa que lo haga técnicamente imposible, esta comprobación se

puede hacer mediante una consulta al personal o puntos de contacto del Registro (tel. 93 316 42 51 / 93 316 41 68).

II. En caso de que no se encuentre en ninguna de las situaciones anteriores hay que comprobar si ha formalizado la declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público (3) y si esta declaración está vigente (4). Esta comprobación se hace mediante la consulta de los grupos que han declarado su compromiso a inscribirse.

III. Si se cumplen algunos de los requisitos anteriores se puede mantener el contacto (5).

IV. En caso de que haya formalizada una declaración sobre el compromiso y se haya agotado el plazo para presentar la solicitud de inscripción dentro de los 10 días siguientes al contacto mantenido hace falta

- (4.1) recordar a la persona representante la obligación de solicitar la inscripción siempre que quieran actuar como grupo de interés y*
- (4.2) denegar el contacto hasta que no se pueda comprobar que se ha formalizado esta solicitud.*

V. Con carácter excepcional (6), se pueden mantener contactos con un grupo de interés que no haya solicitado previamente la inscripción en el Registro de grupos de interés (ni haya efectuado una declaración de compromiso anterior). En este caso:

- (5.1) se tiene que facilitar a la persona que actúa en representación del grupo de interés la Declaración sobre el compromiso de solicitar la inscripción en el Registro de grupos de interés de la Administración de la Generalitat y de su sector público y recoger el formulario firmado,*
- (5.2) escanear el documento y enviar al órgano responsable del Registro de grupos de interés el compromiso formalizado mediante un correo a grupsinteres.dj@gencat.cat, y*

VI. Adicionalmente, en los casos en que la solicitud al Registro no esté formalizada (4.1 y 5.1), se tiene que enviar (7), a la persona que actúa en representación del grupo de interés la información necesaria para que pueda hacer la solicitud de inscripción (modelo de respuesta a un grupo de interés no inscrito)."

RECOMENDACIÓN

Examinada la documentación y la normativa de aplicación, el órgano gestor del Buzón Ético realiza las siguientes consideraciones y recomendaciones al efecto:

I. En aplicación de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia que han de regir la licitación, el órgano de contratación tiene que garantizar que las empresas licitadoras, así como las empresas adjudicatarias, dispongan de la misma información asegurando que ningún contratista reciba información exclusiva de manera individual, preservando el principio de igualdad de trato y transparencia.

II. Observar las exigencias formales y procedimentales establecidas respecto a los actos administrativos, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, y demás legislación vigente aplicable en materia de contratación.

III. El órgano de contratación tiene que velar por el cumplimiento del art. 63 LCSP que expone "Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos".

Respecto a la falta de actividad de la pestaña de adjudicación y formalización en la Plataforma del Contratante de la Generalitat de Cataluña del expediente XXX CIP, habrá que dar cumplimiento al art. 63.1 in fine LCSP "*Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.*"

IV. Fortalecer la transparencia en la agenda pública de los miembros electos en aplicación de los criterios establecidos a la normativa y documentación jurídica expuesta, y registrar los contactos que mantengan con los grupos de interés, con especificación de la denominación, el número o identificador único que este tenga asignado y una referencia sucinta del contenido de la reunión o actividad, a los efectos de la transparencia, la integridad y la equidad en el proceso de decisiones, y concretamente para que la ciudadanía pueda identificar los grupos de interés, conocer las relaciones que se establecen entre las instituciones públicas y los grupos de interés, saber cuándo se producen, a través de qué canales, con qué efectos o resultados y de acuerdo con qué reglas de conducta.

Actualizar en este sentido la Guía para publicar Agendas del Gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona.

V. Dar cumplimiento al art. 12 d) y n) del Código ético y conducta del Ayuntamiento de Barcelona "El Gobierno Municipal, demás miembros electos y los altos cargos" tienen que hacer públicas las actividades, los actos y la agenda oficial relacionados con los asuntos públicos que tengan encomendados, a los efectos de publicidad del registro de grupo de interés, y "Extender a los comisionados y comisionadas, consejeros y consejeras municipales y al personal eventual las obligaciones que en materia de publicación de las retribuciones, indemnizaciones, dietas, agendas y trayectoria profesional, prevé para los cargos electos y altos cargos la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno". Recordando a tal efecto que, de acuerdo con lo que consta publicado en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento de Barcelona, "En el

ámbito de la aplicación de la Ley de Transparencia, en el Ayuntamiento de Barcelona tienen la consideración de altos cargos las y los cargos electos, los comisionados y las comisionadas, los consejeros y las consejeras de distrito, los y las gerentes del Ayuntamiento y los distritos, las personas titulares de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Tesorería del Ayuntamiento, y el/la cargo ejecutivo superior (director/a general, gerente o asimilado/a) de las entidades municipales)

VI. Dado que en el Preámbulo del Decreto Ley 1/2017, de 14 de febrero, se establece que "La regulación, además, es respetuosa con la autonomía local y con la autonomía inherente a otras entidades obligadas hasta ahora a contar con un registro de grupos de interés, porque no impide que los entes locales y estas otras entidades puedan crear sus propios registros", y en su cuerpo, la Disposición Adicional Segunda dispone que "Los entes locales ... pueden crear sus propios registros de grupos de interés", con el objetivo de promover la mejora continua en transparencia, profundizar en el marco de integridad del Ayuntamiento de Barcelona y en definitiva que la ciudadanía pueda tener un amplio conocimiento e información de la organización interna del Ayuntamiento de Barcelona, se propone a los efectos oportunos la creación del Registro de grupos de interés, como "instrumento al servicio de la transparencia, rendición de cuentas y prevención de la corrupción", del Ayuntamiento de Barcelona.

VII. De esta Recomendación se dio traslado a Alcaldía, a la Gerencia Municipal, Gerencia de la Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, al órgano municipal contratante, a Secretaría General, a Intervención General. Y también se acordó dar traslado al Comité de Ética por si los hechos pudieran, además, ser constitutivos de infracción de los artículos 12 y 13 del Código Ético y de Conducta.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

A raíz del traslado efectuado por el Buzón Ético:

1) En el Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, este se pronunció constatando el incumplimiento de los artículos 12 y 13 del Código Ético y de Conducta que establecen las obligaciones de transparencia a las cuales están sometidas las actuaciones del Ayuntamiento de Barcelona y recomendó:

- que se tenga mucho cuidado al autorizar las medidas excepcionales, cuando sean necesarias, siempre a través de la oportuna promulgación normativa, sujeta a la legalidad que a todos nos vincula, y de forma pública y abierta a todo el mundo.
- que de acuerdo con la Recomendación formulada por la Dirección de Análisis también conviene la procedencia de generar un Registro de grupos de interés del

Ayuntamiento de Barcelona, para vehicular con la transparencia debida los contactos que se produzcan, más en circunstancias excepcionales, con los operadores afectados directamente por las decisiones del Ayuntamiento, así como el fortalecimiento de la publicación de las agendas públicas en los extremos previstos en la citada recomendación de la Dirección de Análisis.

2) Al órgano competente en materia de transparencia, al cual, en relación con las Recomendaciones en esta materia formuladas por la Dirección de Análisis convino entre otros extremos, en la necesidad de modificar la Guía para publicar agendas del gobierno municipal del Ayuntamiento de Barcelona, dar el impulso necesario para recordar esta obligación a la organización, e incorporar a la información de los contactos que se incluyan en la agenda, el identificador que el grupo de interés tenga en el Registro de Grupo de Interés de Cataluña.

XI. ESTADO DE LAS ACTUACIONES DERIVADAS DE LA RECOMENDACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE ANÁLISIS EN RELACIÓN CON PRÁCTICAS IRREGULARES EN UN CONTRATO DE SERVICIOS: EXIGENCIA DESPROPORCIONADA DE LA SOLVENCIA TÉCNICA PARA FAVORECER LA CONTRATACIÓN DE UNA PERSONA CONCRETA, Y QUE ADEMÁS PARTICIPÓ EN LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS DEL MISMO CONTRATO.

Al Buzón Ético y de Buen Gobierno se trasladó una comunicación relativa, entre otras, a presuntas irregularidades en un Contrato de servicios con medidas de contratación pública sostenible de un instituto municipal, donde se exponía, que en los pliegos de esta licitación se exigía una solvencia técnica tan exclusiva que ya se conocía, previamente a la finalización de la licitación, que persona sería la designada para este perfil con independencia de las empresas licitadoras que se presentaran, dado que *"quien quiera ganar"* este contrato debería contratar a XXX, una persona freelance que ya está trabajando en el instituto municipal desde hace años, sin ser de la plantilla, y que ha colaborado con el órgano de contratación, la Dirección YYY, en la elaboración de numerosos pliegos que se han licitado en esta legislatura.

Una vez presentada la comunicación, el órgano gestor del Buzón Ético y de Buen Gobierno comprueba los hechos objeto de la comunicación mediante las tareas de investigación que sean procedentes (art. 13 NRBEGB), que en el presente caso fueron: a) Visualización en la Plataforma electrónica de contratación pública de la Generalitat de Catalunya del Contrato de servicios objeto de la recomendación; b) Análisis de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares del Contrato; c) Análisis de los Pliegos de prescripciones técnicas (PPT) del Contrato; d) Análisis del Informe Justificativo sobre la necesidad de contratar los servicios; e) Análisis del resto del expediente administrativo de contratación objeto de investigación, f) Diversas solicitudes de información al órgano gestor de la contratación a medida que avancen las diligencias de investigación (concretamente fue preciso solicitar hasta seis requerimientos informativos y documentales, g) Seguimiento y análisis de los rastros informáticos de los diferentes expedientes de contratación en que participó XXX; h) Vinculación contractual de XXX con el Ayuntamiento de Barcelona; i) Posible discordancia entre la vinculación contractual de XXX y el periodo en que tuvo asignada una dirección de correo corporativo; j) Vinculación entre el/la Director/a YYY i XXX; k) Situación de conflicto de interés per parte del/de la Director/a.

Por otro lado se realizó un análisis técnico-jurídico de los siguientes extremos: 1) Objeto, normativa aplicable, duración del contrato y procedimiento empleado; 2) Motivación de la necesidad del contrato y justificación de la contratación externa; 3) Criterios de solvencia profesional: a) Subcontratación de la misma persona para el perfil de consultor en contratación pública por parte de las dos únicas empresas licitadoras; b) Advertencia en relación a la exigencia de solvencia desproporcionada, c) Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia en relación a parte de los hechos expuestos en la comunicación; Comparación de

los diferentes requisitos exigidos: responsable del contrato, consultor especialista en contratación pública y presupuesto del contrato; 4) Análisis de los requisitos exigidos en los pliegos de prescripciones técnicas para el perfil de consultor especialista en contratación pública, que entre otros, era “**haber elaborado más de 50 contratos de servicios en la administración pública durante los últimos tres años de importe mínimo de 100.000 euros de contrato**”; 5) Participación de XXX en la elaboración de los pliegos y en el equipo de trabajo de la empresa adjudicataria del contrato, objeto de las presentes diligencias.

Del resultado de las diligencias de investigación y comprobación practicadas, se concluyó que:

En la fase de preparación del expediente de contratación

- Se detectaron rastros que permitían vislumbrar que XXX participó en la elaboración de:
 - a) el informe justificativo del contrato;
 - b) el cálculo detallado del importe del contrato
 - c) los pliegos de prescripciones técnicas (PPT) del contrato. En los tres documentos participó desde sus inicios, habiendo participado asimismo en el diseño de los requisitos exigidos para el perfil, que finalmente ocupó XXX.
- En la licitación, solo se presentaron dos empresas, y las dos empresas en la presentación de sus propuestas comunicaron la necesidad de subcontratar la ejecución parcial del contrato con la misma persona subcontratista XXX para ejercer las funciones de FFF, para poder cumplir con las exigencias de solvencia técnica establecidas en el pliego.

El elemento diferenciador entre las empresas fue el porcentaje significativo de la subcontratación: 35,99% y 27%. Diferencia de porcentaje (casi un 19% más) que aplicado sobre un total de más de 1 millón de euros, se representa si cabe como “notable”. Resultando adjudicataria, precisamente, la empresa que presentaba el porcentaje más alto.

- Ausencia de motivación en el expediente de contratación de la necesidad del contrato y justificación de la contratación externa, así como falta de motivación y de concreción de los requisitos tan exclusivos exigidos para el perfil de FFF, que conculcan el principio de concurrencia y libre competencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del Sector Público.
- En cuanto a los requisitos exigidos para el perfil FFF se constató una discordancia entre el tenor literal que constaba en los pliegos del contrato y el que el órgano de contratación acabó aceptando como tales. No consta, así mismo, que esta nueva y posterior “interpretación” de los términos que figuraban en los pliegos fuera objeto de publicación ni aparece en el expediente de contratación.

Así en los pliegos técnicos se exigía, textualmente, para este perfil, entre otros: a) “**haber elaborado más de 50 contratos de servicios en la administración**

pública durante los últimos tres años de importe mínimo de 100.000 euros de contrato", y b) "acreditar experiencia ... demostrando la participación en proyectos construidos..." . A pesar de la **claridad** del referido tenor literal de los pliegos, posteriormente **y en respuesta** a un requerimiento del Buzón Ético, el órgano de contratación "explicó" como había aplicado o interpretado los términos "elaborar", y "participación en proyectos..." y "participación en publicaciones..." a la hora de valorar la concurrencia o no de los mencionados requisitos (exigidos en los pliegos del contrato) en el único/a candidato/a que las dos únicas empresas licitadoras presentaron como perfil de FFF para subcontratar. Así, según explicó, el órgano de contratación:

- 1) por un lado redujo el concepto "elaborar" de manera que lo equiparó a "*cualquier función ejecutada en relación a un expediente de contratación e incluye o puede incluir desde el asesoramiento en la redacción de la documentación contractual a su propia redacción. El concepto abarca cualquier participación (incluida esta como asesoramiento o redacción) en todo o parte de la documentación contractual ...*" así como "*tareas que podían ser desde un asesoramiento oral, la redacción de una parte de las prescripciones técnicas y/o la redacción de un pliego técnico completo sin que exista una entrega y/o una recepción documental formal de los trabajos realizados*",
y
- 2) en igual sentido reduce, a posteriori, el concepto: "participación en proyectos..." a "participación en publicaciones del ...".

Todo y su trascendencia para el proceso de contratación, no aparece ni en los pliegos ni en el expediente de contratación la "redefinición y reducción" que, en la práctica el órgano de contratación hizo del alcance de los dos requisitos exigidos en los pliegos del contrato para el perfil de FFF.

Se ha de incidir en la transcendencia de este hecho ya que: no solamente supuso una efectiva relajación de las exigencias profesionales impuestas por contrato al citado perfil profesional, sino que además está "relajación o minoración de exigencia" fue aplicada por el órgano de contratación al margen de la información que constaba publicada en el anuncio de licitación del contrato. Extremo que podía repercutir negativamente en la concurrencia y en la competencia ya que si se hubiera dado publicidad a los criterios de interpretación empleados por el órgano de contratación se habría podido promover la concurrencia al proceso de contratación. De manera que, por ejemplo de haberse sabido que el órgano de contratación equipararía el requisito de "**haber elaborado más de 50 contratos**" a haber participado en su elaboración con un "asesoramiento oral" resulta del todo previsible que se hubiera ampliado el número de empresas que podían cumplir el referido requisito y por tanto el número de empresas que podrían participar en dicha contratación.

o Falta de determinación en los pliegos de los medios o elementos, o documentación

necesaria para acreditar los citados requisitos. Únicamente consta que, durante la sesión informativa del contrato, celebrada en fecha XX de XXX de XX, y a preguntas de los asistentes: "Como se puede acreditar? "haber elaborado más de 50 contratos de servicios -- durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros por contrato" y "disponer de DDD con más de un año de experiencia en algún proyecto activo", el órgano de contratación responde, respectivamente, "(el órgano de contratación) puede requerir si lo considera el detalle del listado de contratos" y "(el órgano de contratación) puede requerir si lo considera el detalle de DDD" que la acreditación de los requisitos se realiza.

o Reiteración en otros contratos, de la misma mecánica que en el contrato objeto de esta recomendación. Efectivamente también en otros contratos consta la participación de XXX en:

- la preparación del expediente de contratación según se pudo constatar a raíz del rastro de los asientos del programa informático al efecto,
- la preparación del expediente de prórroga, teniendo en cuenta que el propio XXX reconoce su participación al incorporar este expediente, dentro del listado de contratos que aportó para justificar el cumplimiento del requisito de haber elaborado más de 50 contratos de servicios ... en la administración pública durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros, exigido por los pliegos del contrato objeto de esta recomendación para posteriormente ser subcontratado por la empresa adjudicataria para desarrollar el perfil de responsable del contrato en el periodo de prórroga del contrato.

Cabe decir que también en este caso la empresa que resultó adjudicataria fue la misma del contrato objeto de esta recomendación.

En la fase de licitación del expediente de contratación

A la vista del análisis del expediente administrativo de contratación se constata que:

- La propia Mesa de Contratación, acordó requerir al Director/a YY a fin de que informara del alcance de la participación en la tramitación del procedimiento contractual de la persona propuesta como subcontratista y que procediera así mismo a dar trámite de audiencia al subcontratista para que acreditara que esta circunstancia no tenía como efecto situaciones de conflicto de intereses ni de falseamiento de la competencia o de trato privilegiado.
- El/la Director/a YY y el/la Sr/sra XXX prestaron declaración por escrito.
- Las referidas declaraciones fueron fundamentales a la hora que la Mesa finalmente descartara la existencia de conflicto de interés y acordara admitir las ofertas de las empresas licitadoras y continuar con el procedimiento de adjudicación.

- Existieron contradicciones sustanciales entre las declaraciones prestadas realizadas por el XXX, y las de el/la Director de la Dirección YYY, en relación al alcance de la participación de XXX en la elaboración de los pliegos del expediente de contratación objeto de esta y las evidencias que muestra el sistema informático de registro interno.
- Pero además las referenciadas declaraciones también presentan contradicciones con la relación de contratos menores suscritos por la Dirección de YYY y con la fecha de publicación del anuncio de la licitación del presente contrato.
- Posible conflicto de interés del órgano de contratación en el proceso del expediente de contratación.

En la fase de supervisión de la documentación aportada por el órgano de contratación

Se constató:

- Falta de acreditación de los requisitos exigidos para el perfil FFF
- Falta de supervisión y comprobación efectiva por parte del órgano gestor de la contratación del listado de contratos aportado por la empresa adjudicataria para justificar que XXX cumplía el requisito exigido para el perfil FFF.

Según los informes evacuados por el órgano de contratación en respuesta a los requerimientos de información solicitados por esta Dirección de Análisis, en relación a cuál era la actividad de comprobación realizada por el órgano de contratación respecto a los contratos que figuraban en la citada lista y en qué documentación se había basado para tener por acreditado el cumplimiento de los dichos requisitos, el órgano de contratación los dio por válidos simplemente porque la Dirección YYY tenía conocimiento de la participación de XXX en la elaboración de la documentación contractual, añadiendo que *"todos los contratos correspondían a contratos del órgano de contratación y que, por lo tanto, el conocimiento de la participación de XXX había sido por conocimiento directo. No disponemos de acreditación documental de las tareas explícitamente realizadas puesto que como se ha informado en relación al concepto de haber elaborado estas tareas podían ser desde un asesoramiento oral, la redacción de una parte de las prescripciones técnicas y/o ... una recepción documental formal de los trabajos realizados"*.

No consta en consecuencia en el expediente de contratación ninguna certificación a tal efecto, ni información de cómo se ha obtenido este conocimiento, ni el alcance ni el contenido de la participación de XXX en los mismos.

o Sólo se ha podido acreditar con datos objetivos la participación de XXX en 16 contratos, de los más de 50 contratos exigidos en el perfil FFF y dados por acreditados por parte del órgano de contratación, así como que 45 de los 50 contratos eran impulsados desde el mismo órgano promotor del contrato objeto de la recomendación, la Dirección YYY.

o El propio contrato objeto de la comunicación que da origen a las presentes diligencias, fue incluido por XXX dentro del listado de contratos alegados para justificar que cumplía el requisito de "*haber elaborado más de 50 contratos de servicios...*"

o No consta documentación acreditativa relativa a la vinculación contractual formal de XXX (ya sea con la empresa contratista o con administración pública mediante contratación menor) para desarrollar las tareas de algunos de los contratos que constan en la relación aportada por las licitadoras para justificar que XXX cumplía el requisito de haber "*elaborado más de 50 contratos de servicios ... durante los últimos 3 años de importe mínimo de 100.000 euros*" exigido por el perfil FFF.

o XXX contaba con una dirección de correo corporativa del Ayuntamiento de Barcelona. Este correo fue dado de alta en el directorio activo el 11 de junio de 2012 y ha dispuesto de ella de manera continuada (hasta el momento de la redacción de esta recomendación, en el que todavía figura activa), con una parada del servicio de un mes y pico. No se ha encontrado instrumento jurídico formal (contrato mercantil o subcontrato a través otras empresas) que, de acuerdo con la instrucción interna del instituto de 18 de enero de 2015, justifique algunos de estos períodos. De acuerdo con la información aportada por el órgano de contratación y la Dirección de Intervención General en relación a los contratos adjudicados directamente o mediante subcontratación a XXX.

Por otro lado, debe decirse que según el informe de fecha XX de marzo de 2019, evacuado por el Jefe del Departamento LLL, a requerimiento de la Dirección de Análisis, consta que la mencionada instrucción fue remitida "*sin que se haya podido documentar su aprobación por parte de los órganos directivos ... en su momento*"

o Desconocimiento por parte del Instituto municipal de la existencia de una "*clasificación definida para cada una de las personas externas*"

De acuerdo con la información proporcionada por el instituto municipal no se dispone de una clasificación definida para cada una de las personas externas. Aun así, afirman que a la vista de los contratos que han vinculado XXX (directamente o como subcontratado) su participación se podría situar o bien como personal tipo A o B1. Clasificación A o B1 que comporta, según la mencionada instrucción, consecuencias y requisitos diferentes. Así, en este último caso sería personal técnico que ejecuta proyectos o que presta servicios in situ y que realiza las actividades en los locales del instituto municipal. Circunstancia que

sería compatible con el contenido de la comunicación que da origen a la presente investigación.

En atención a los hechos expuestos, así como de su análisis el órgano gestor del Buzón ético recomendó, extracto del cual consta en la memoria 2018-2019:

RECOMIENDA

I. RESPECTO A LOS HECHOS CONCRETOS OBJETO DE RECOMENDACIÓN:

a) Se propone la profunda revisión y análisis de los expedientes de contratación vigentes impulsados por la Dirección YYY y en los cuales haya intervenido XXX a los efectos de verificar si éstos se ajustan a la normativa vigente, comprobando, especialmente su justificación, la vinculación contractual de XXX con los contratos, y con especial atención a posibles conflictos de interés así como la posible relación o intervención que en los mismos haya podido tener la Dirección YYY ya sea en el desarrollo de cualquier otro tipo de funciones dentro o fuera del instituto municipal. Asimismo sería conveniente a la vista del objeto del contrato menor nº ---, la comprobación de si la prestación objeto de los contratos menores adjudicados a XXX se realizó efectivamente de acuerdo con el objeto de los mismos y si la prestación económica y satisfecha era proporcional al encargo realizado.

Asimismo se recomienda el control de la ejecución de los contratos menores, y si estos responden a las necesidades reales de la administración pública que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, y en relación a las irregularidades detectadas, así como de las que puedan derivarse de las auditorias que a tal efecto puedan llevarse a cabo, procedan a adoptar las medidas pertinentes para su subsanación valorando su transcendencia en relación con la vigencia del contrato por si pudieran ser constitutivas, a tenor de lo que dispone la normativa reguladora de la contratación pública, de causa de anulabilidad o nulidad;

2. Dar traslado a los órganos competentes en materia disciplinaria a los efectos de depurar posibles responsabilidades en tal sentido.

3. A la vista de la naturaleza de las irregularidades descritas en el cuerpo de la presente recomendación se da traslado a la Dirección de Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona interesando que se emita informe en relación a la posible transcendencia penal de los hechos consignados en esta Recomendación (del resultado del cual se solicita que se remita copia a esta Dirección Análisis) y, en su caso, se pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal de conformidad con lo que dispone el art. 262 de la L.E.Crim. En relación con el art.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal previo Decreto de

Alcaldía habilitante según art 13.1 k de la Ley 22/1998 de la Carta Municipal de Barcelona. A tal efecto y sin perjuicio de que los hechos pudieran ser constitutivos de otras infracciones penales o de lo que pudiera resultar de posteriores investigaciones o de una posible instrucción nos ceñiremos aquí, en la posible concurrencia de un delito de falsedad del artículo 390 y siguientes del Código Penal en el que pudieran ser subsumibles las contradicciones sustanciales detectadas entre las declaraciones realizadas por el XXX y por el /por la Director/a de YYY, en relación al alcance de la participación del primero en la elaboración de los pliegos del expediente de contratación objeto de esta recomendación,

y las evidencias que, entre otras, muestra el sistema informático de registro interno municipal. Declaraciones que, debe recordarse, fueron evacuadas a instancia de la Mesa de contratación, al amparo del artículo 64 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando esta detectó un riesgo de conflicto de interés y de falseamiento de la competencia puesto que esta había tenido conocimiento de la participación de XXX en la elaboración del contrato y además las dos únicas empresas licitadoras presentaban a la misma persona para subcontratar las tareas de FFF exigida en los pliegos, persona que era, precisamente: XXX. Declaraciones que resultaron de enorme trascendencia para el procedimiento de contratación puesto que su contenido resultó definitivo para que la Mesa de Contratación acordara la admisión de las ofertas de las empresas licitadoras y la continuación del procedimiento de adjudicación.

Abundando en lo que se ha dicho se ha de reiterar de nuevo que además de las contradicciones detectadas con la información que proporciona el rastro del programa informático, las declaraciones del/de la Director/a YYY y XXX pecan de otra contradicción... Debe traerse a colación aquí respecto a la trascendencia de la posible falsedad o contradicción con la realidad, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 214/2018 de 8 mayo al establecer "... Se trata de un documento que en la redacción original hubiera supuesto la expulsión de la mesa de contratación, así lo afirma el relato fáctico, y que es a partir de la modificación interesada y la alteración del documento, lo que posibilitó que formaba parte de la contratación evitando lo que hubiera sido procedente la expulsión del proceso de adjudicación..."

Asimismo, y en la línea apuntada se pone de relieve a continuación la naturaleza de la "relación" detectada entre XXX y el/la Director/a en cuanto a lo que parece una vinculación de hacia años y casi de "exclusividad" y como XXX aparecía contratado prestando servicios en el instituto municipal a través de contratos menores (o bien subcontratado por empresas que habían resultado adjudicatarias de contratos vinculados de alguna manera a XXX o a la Dirección YYY, y en la

elaboración, al menos en algunos de los cuales existen indicios que participó aquel. Esto por si los hechos pudieran ser constitutivos, entre otros, de un presunto delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, o de tráfico de influencias, malversación (haciendo especial mención aquí a la necesidad de que el objeto del contrato se corresponda a necesidades reales de la administración y a la realidad de su ejecución), fraude en la contratación pública del artículo 436 y ss. del Código Penal; negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos del artículo 439 o de alteración de precios en concursos públicos del artículo 262 del dicho cuerpo normativo. Remitiéndonos aquí en el artículo 24 del Código penal en cuanto al concepto de funcionario público.

4. 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.

5. En base al principio de colaboración institucional, a lo que dispone la Ley de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en respuesta a sus comunicaciones de 10 de octubre y de 29 de octubre de 2019, se dé traslado a la Agencia Catalana de la Competencia por si la información contenida en la presente recomendación pudiera ser relevante a los efectos de su expediente DI 50/2019.

6. Asimismo, y habiéndose tenido conocimiento de que la Oficina Antifraude de Cataluña está conociendo de los hechos, se dé traslado de la presente recomendación y de la documentación a ella adjunta por si fuera relevante para su instrucción, en base a los principios de colaboración institucional y el marco del convenio de colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Barcelona y dicha Oficina el 17 de septiembre de 2018.

II. ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA FUTURAS LICITACIONES:

1.- Delimitación, concreción y motivación de los requisitos de solvencia

El principio de igualdad, transparencia y libre competencia se encuentran regulados en el art. 132 LCSP en el cual se especifica que: "Los órganos de contratación tienen que dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y tienen que ajustar su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad".

La LCSP expone en el art. 132.2 que "La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios".

Finalmente se expone en el art. 132.3 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 tienen que adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de esta actividad durante todo el procedimiento de contratación.

La aplicación de este principio, 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. Esta 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 una rotura del principio de igualdad de tratamiento, como sucede en el presente caso.

En esta línea, los requisitos de solvencia exigidos por el órgano de contratación tienen que estar justificados sobre las bases relacionadas con el objeto del contrato, dado 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 todavía es más necesaria cuando el criterio de solvencia profesional comporta un criterio de exclusión, como sucede en el presente caso.

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 el contenido de la motivación tiene que 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 utilizarán para emitir el juicio técnico; y

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

También a 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 ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de los informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”.

En resumen, 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, 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, se recuerda que todo procedimiento de licitación ha de generar la concurrencia entre las empresas. En el caso concreto se ha constatado que sólo dos empresas se presentaron a la licitación y que además las dos subcontrataron el perfil de consultor de contratación pública designando a una misma persona.

Hay que tener en cuenta que los medios para acreditar la solvencia de los contratos se realiza mediante la aportación de los documentos que se determinan por el órgano de contratación en los pliegos de los respectivos contratos de acuerdo con los artículos 87 a 91 LCSP, pero en los pliegos del contrato, objeto de esta recomendación, no hay una precisión sobre este extremo. Esta carencia de concreción se pone de manifiesto durante la sesión informativa del contrato celebrada en fecha XX de XX de XX cuando a preguntas de cómo se acreditaba la elaboración de más de 50 contratos, se contestó por el órgano contratante que "...puede requerir si lo considera el detalle del listado de contratos": Por lo tanto desde el órgano de contratación se observa una laxa exigencia en relación a la acreditación de los requisitos exigidos en los pliegos, que ha comportado en la práctica la carencia de acreditación fehaciente de que XXX "haya elaborado más de 50 contratos de servicios ..." y la reinterpretación a posteriori y a preguntas de la Dirección de Análisis por el órgano de contratación del concepto "elaborar" para "participar" incluso con simples asesoramientos puntuales, incluso orales, añadiendo más laxitud en la acreditación de los requisitos por la empresa adjudicataria, cuando por las empresas licitadoras resultaban ser unos requisitos exigentes y exclusivos del procedimiento de contratación.

2.- Fomentar y ampliar la transparencia para garantizar la información y participación del más amplio número de operadores.

La aplicación efectiva de los principios de transparencia permite una gestión más eficiente de los fondos públicos y de una gestión transparente 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 con el principio de igualdad, resultando que el principio de transparencia es considerado el corolario del principio de igualdad.

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 lo

tanto, que estos están sometidas a las mismas condiciones para todos los licitadores. Es por eso 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 clientelistas (STJUE de 16 de septiembre de 2013).

La transparencia se da por cumplida con la publicación en el perfil del contratante de la documentación necesaria para presentarse a una licitación, y así está establecido en el arte. 63 de la LCSP, que es del siguiente tenor:

"3. En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse 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 el presente caso, es necesario referirse tanto a la memoria justificativa del contrato como al informe de insuficiencia de medios en el caso de contrato de servicios ya que:

- En el primero, falta la justificación de los criterios de solvencia empleados así como su proporcionalidad, de acuerdo con lo establecido al arte. 76.3 de la LCSP ("3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista tiene que ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y las características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación").

- En el segundo, no hay una justificación o informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, sólo el literal "El órgano de contratación no dispone en estos momentos de la posibilidad de dedicar los recursos humanos propios a las funciones antes mencionadas ...", a pesar de que en la sesión informativa del contrato n.º XXX de fecha XX se respondió que: "actualmente ya existe una oficina que se gestiona de manera interna por parte del órgano de contratación".

En otro orden de consideraciones, de acuerdo con el Informe 3/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, con el objeto de reforzar la finalidad de la norma, consideró conveniente recomendar que se deje 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.

Este informe, y atendiendo al literal del art. 63.3 que indica unos mínimos respecto a la información que se debería publicar sería conveniente que el órgano de contratación la publicara a fin de reforzar la transparencia y seguridad en la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa, máxime cuando en el instituto municipal gran parte de esta información está registrada en un sistema informático interno, al cual no se tiene acceso externo.

3.- Dotación de prácticas y procedimientos para combatir las prácticas anticompetitivas que puedan surgir en el procedimiento de contratación.

La obligación de salvaguardar la libre competencia se encuentra anunciada en la exposición de motivos de LCS, y posteriormente en su parte dispositiva se regula en el art. 1 y en el art. 132 LCSP.

Concretamente en su apartado 2 de este se indica que “la contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

En esta línea los poderes adjudicadores están obligados a observar y velar por la observancia 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 al participar en el procedimiento de contratación accedan a las licitaciones en condiciones de plena competencia. Razón por la cual el poder adjudicador tendrá que estar continuamente en vigilancia ante la aparición de indicios que puedan revelar la presencia de actuaciones anticompetitivas entre las empresas licitadoras.

En el caso concreto, existen indicios en el programa informático municipal que XXX diseñó sus propios requisitos como perfil DDD en el momento de la elaboración de los pliegos, y estableció sus honorarios; para posteriormente desarrollar este perfil en la empresa adjudicataria.

En este sentido llevar aquí a colación la conclusión a la que llega la Autoridad Catalana de la Competencia analizando únicamente el expediente administrativo de contratación (pues de la misma no se extrae que haya contado con más información).

4.- Recomposición de las mesas de contratación

La LCSP incorpora un redactado en relación a la composición de las mesas de contratación, concretamente el art. 326.5 regula que: “Tampoco puede 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, excepto en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda”. Recordamos que esta Disposición Adicional segunda 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 ha pronunciado 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 se 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, ha considerado que hay un conflicto de interés en la actuación de los miembros de la mesa, cuando participan en ella personas que han participado 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.

No obstante si hay discusión doctrinal es en su aplicación a 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 informe "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 al 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 2^a.8). Por ello la remisión a las salvedades que se establezcan en la DA.2^a 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 arte. 326.5 LCSV 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.

Desde esta Dirección de Análisis y atendiendo al espíritu y al 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 quienes 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.

5.- Incrementar la calidad del proceso decisorio en materia de contratación pública

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, permitirá obtener la rendición de cuentas.

Pues bien consideramos que estas malas prácticas se arraigan en este proceso decisorio,

porque es donde se pueden adoptar las decisiones incorrectas, y por tanto, dar lugar a los abusos de poder. Hay que profundizar en esta nueva manera de enfocar el proceso decisorio en el expediente de contratación, y proceder a su reconfiguración.

6.- Formación al personal municipal que interviene en los expedientes de contratación respecto a las medidas a aplicar para dar cumplimiento a los principios aplicables en la 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 al art. 1 LCSP. En especial para este caso concreto, han de 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, habría proporcionado 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 la evaluación y resolución eficaz del mismo.

En este sentido también se recomienda que en materia de conflicto de interés se verifiquen las oportunas consultas al comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona, y en consecuencia se dé traslado al mencionado órgano colegiado a efectos preventivos y por si los hechos pudieran ser contrarios a lo que dispone el Código ético y de buena Conducta.

Para sintetizar, de manera esquemática las propuestas de mejora estarían dirigidas a la necesidad de incrementar la calidad del proceso decisorio en materia de contratación pública, diseñando un procedimiento adecuado con una reconfiguración de los órganos intervenientes apropiada e imponiendo una carga de justificación/motivación precisa, así como unas obligaciones de publicidad y transparencia lo más amplias posibles.

Como se ha expuesto se dará traslado de este informe a la Intervención General,

a la Secretaría General, los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona y a la Gerencia del Área Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, en el ejercicio del ámbito de sus respectivas competencias, así como al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona.

També se dará traslado a la Oficina Antifraude de Cataluña y a la Autoridad Catalana de la Competencia en el ámbito de colaboración interadministrativa y demás razonamientos antes alegados. De conformidad con la normativa del Buzón Ético se informará a la persona comunicante de la finalización de las diligencias de investigación y del resultado de las actuaciones en los términos establecidos en las referidas normas reguladoras.

SEGUIMIENTO DE LA RECOMENDACIÓN

En lo que se refiere al contenido de la recomendación, se dio traslado de esta recomendación a la Intervención General, a la Secretaría General, los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona y a la Gerencia del Área Agenda 2030, Transición Digital y Deportes, en el ejercicio del ámbito de sus respectivas competencias, así como al Comité de Ética del Ayuntamiento de Barcelona. También se da traslado a la Oficina de Antifraude de Cataluña y a la Autoridad Catalana de la Competencia en el ámbito de colaboración interadministrativa y demás razonamientos.

A los efectos oportunos...