

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12, 3a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correu: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt
Assumpte: Informe 9/2017

INFORME 9/2017, DE 17 D'OCTUBRE DE 2017. INCOMPATIBILITAT DE L'ARTICLE 56 DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC

ANTECEDENTS

En data 25 d'agost de 2017 ha entrat en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament del Campello, per mitjà de la qual formula una consulta que, literalment, diu següent:

“Basant-se en el que estableix l'article 3 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Consell, li remet la consulta següent en matèria de contractació:

L'Ajuntament està tramitant un expedient de contractació per a adjudicar un contracte de concessió de serveis per a l'explotació d'un complex esportiu d'acord amb la Directiva 2014/23, de la UE i el TRLCSP.

Entre la documentació preparatòria es va adjudicar un contracte menor a una consultoria per a elaborar un estudi econòmic per al projecte d'explotació que l'Ajuntament ha modificat en aspectes molt puntuals. L'empresa adjudicatària del dit contracte menor, al seu torn, va subcontractar la part esportiva de l'estudi a una persona física, especialista en la matèria, que és el gerent d'una empresa que té previst presentar-se a la licitació del contracte de concessió.

D'acord amb la normativa de contractes, l'Ajuntament hauria d'excloure el licitador esmentat per considerar que es pot suposar un tracte privilegiat respecte a la resta dels candidats?”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta de l'Ajuntament planteja una qüestió d'interés general referida a una situació que es pot donar en nombroses ocasions a causa de la llibertat de prestació de serveis i a la mobilitat dels professionals especialitzats en les activitats objecte de contractació pública. No és infreqüent que una mateixa persona haja participat en els treballs o estudis previs per a una contractació i posteriorment forme part del personal d'una empresa que es presenta a la licitació corresponent del contracte en qüestió.

L'article 56.1 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara en avant, TRLCSP), estableix la següent incompatibilitat especial per a poder concórrer a una contractació pública concreta :

“Sense perjudici del que està disposat en relació amb l'adjudicació de contractes a través d'un procediment de diàleg competitiu, no poden concórrer a les licitacions empreses que hagen participat en l'elaboració de les especificacions tècniques o dels documents preparatoris del contracte sempre que aquesta participació pugui provocar restriccions a la lliure concurrència o suposar un tracte privilegiat respecte a la resta de les empreses licitadores.”

Com bé ha expressat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) en diverses ocasions, el precepte anterior exigeix “dues condicions per a impedir la participació d'una empresa en una licitació, la participació en l'elaboració de les especificacions tècniques o dels documents preparatoris del contracte i que aquesta participació pugui provocar restriccions a la lliure concurrència o suposar un tracte privilegiat respecte a la resta de les empreses licitadores. Cal tindre en compte que és una norma restrictiva i la seua interpretació no es pot estendre a supòsits diferents dels que s'hi preveuen” (Resolució 121/2016, de 12 de febrer de 2016).

En el cas sotmés a consulta per l'Ajuntament, una primera conclusió que s'ha d'extraure d'aquest precepte és que la participació d'una persona en un dels estudis previs per a la contractació només causaria la seua incompatibilitat per a participar en la licitació en cas que aquesta circumstància pugui suposar un tracte privilegiat respecte a la resta d'empreses licitadores, ja que és impossible, o almenys molt improbable, que en el context descrit en la consulta tal participació pugui per si sola provocar una restricció de la lliure concurrència. D'altra banda, és necessari advertir que aquest precepte es refereix al fet que una mateixa empresa participe en la preparació de la contractació i en la seua licitació, circumstància que no es dona en el cas sotmés a consulta, ja que no és l'empresa consultora adjudicatària de l'estudi previ, ni tampoc el subcontractista que va fer part de



l'estudi, els que es presenten a la licitació del contracte. Per tant, d'acord amb el criteri del TACRC exposat abans, segons el qual no s'ha d'estendre l'aplicació de l'article 56.1 del TRLCSP a supòsits diferents dels que s'hi expressen, s'ha d'advertir que la situació descrita en la consulta no es correspon exactament amb la prevista en l'article.

En un sentit anàleg, l'article 41 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament i del Consell Europeu, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, estableix que "quan un candidat o licitador, o una empresa vinculada a un candidat o a un licitador, haja assessorat el poder adjudicador, [...] o haja participat d'alguna altra manera en la preparació del procediment de contractació, el poder adjudicador prendrà les mesures adequades per a garantir que la participació d'aquest candidat o licitador no falsege la competència. Aquestes mesures inclouran la comunicació als altres candidats i licitadors de la informació pertinent intercanviada en el marc de la participació del candidat o licitador en la preparació del procediment de contractació o com a resultat d'aquesta, i l'establiment de terminis adequats per a la recepció de les ofertes. El candidat o el licitador en qüestió només serà exclòs del procediment quan no hi haja un altre mitjà per a garantir el compliment del principi d'igualtat de tracte. Abans de procedir a l'exclusió, es donarà als candidats o licitadors l'oportunitat de demostrar que la seua participació en la preparació del procediment de contractació no pot falsejar la competència."

Encara que el contracte que motiva la consulta de l'Ajuntament és, segons s'indica en aquesta, un contracte de concessió de serveis comprés en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/23/UE, cal assenyalar, no obstant això, que l'anterior precepte es deriva directament del principi d'igualtat de tracte que exigeixen les dues normes comunitàries, aquesta última en l'article 3: "Els poders adjudicadors i les entitats adjudicatòries donaran als operadors econòmics un tracte igualitari i no discriminatori i actuaran de manera transparent i proporcionada." Per això, el precepte és aplicable tant als contractes de concessió de serveis com a la resta de contractes compresos en l'àmbit d'aplicació del TRLCSP.

La prova del que s'ha dit abans és que també el projecte de llei de contractes del sector públic, que en el moment d'aquest informe, una vegada aprovat pel Ple del Senat, continua la seua tramitació en el Congrés dels Diputats per a l'aprovació definitiva, incorpora al nostre ordenament jurídic el que disposa la Directiva 2014/24/UE i estableix en l'article 70.1, per a tots els tipus de contractes compresos en el seu àmbit d'aplicació, una norma anàloga a la de la Directiva en els termes següents:

"Article 70. Condicions especials de compatibilitat

1. L'òrgan de contractació ha de prendre les mesures adequades per a garantir que la

participació en la licitació de les empreses que hagen participat prèviament en l'elaboració de les especificacions tècniques o dels documents preparatoris del contracte o hagen assessorat l'òrgan de contractació durant la preparació del procediment de contractació no falsege la competència. Entre aquestes mesures es podrà arribar a establir que les empreses esmentades, i les empreses a aquestes vinculades, entenent-se per tals les que es troben en algun dels supòsits previstos en l'article 42 del Codi de Comerç, es puguin excloure de les licitacions quan no hi haja un altre mitjà per a garantir el compliment del principi d'igualtat de tracte.

En tot cas, abans de procedir a l'exclusió del candidat o licitador que participe en la preparació del contracte, caldrà donar-li audiència perquè justifique que la seua participació en la fase preparatòria no pot falsejar la competència o dispensar-li un tracte privilegiat respecte a la resta de les empreses licitadores.

Entre les mesures a què es refereix el primer paràgraf d'aquest apartat, es troba la comunicació als altres candidats o licitadors de la informació intercanviada en el marc de la participació en la preparació del procediment de contractació o com a resultat d'aquesta, i l'establiment de terminis adequats per a la presentació d'ofertes."

Com es pot observar, les normes anteriors posen l'èmfasi en l'obligació que té l'òrgan de contractació d'assegurar el principi d'igualtat de tracte als licitadors i d'impedir que la competència es pugui falsejar, i fan que tots tinguen accés a la mateixa informació i estableixen uns terminis suficients per a fer una oferta, de manera que qualsevol coneixement previ per part d'algun d'ells no supose un avantatge rellevant o un privilegi. En canvi, l'exclusió d'un licitador per haver participat *d'alguna manera* en els estudis previs o treballs preparatoris de la contractació s'ha d'utilitzar restrictivament i excepcionalment quan no hi haja una altra manera de garantir la igualtat de tracte en la licitació del contracte.

En aquesta línia portem a col·lació la Sentència del Tribunal Suprem de 24 de novembre esmentada per aquesta junta en l'Informe 8/2014, de 24 de novembre: "El text de l'article 53.3 és clar i explícit: no és suficient participar en l'elaboració de les especificacions tècniques dels contractes sotmesos a la Llei 13/95 per a quedar exclòs de la licitació; és necessari que la participació pugui provocar restriccions a la lliure competència o l'obtenció d'un tracte de favor. I, ponderant les circumstàncies concurrents en les actuacions, aquest tribunal no ha arribat a la conclusió esmentada, i ha acceptat, al contrari, la tesi de la part recurrent que a través de la redacció d'un pla director comunicat a tots els interessats, els tècnics competents per a redactar un projecte, dins d'un termini raonable, poden concórrer en situació d'igualtat a l'adjudicació del projecte, elaborant una proposta tècnica acomodada al pla esmentat."

En l'Informe 8/2014, aquesta junta indicava:



“En aquest cas, és clar que la formulació dels criteris d’adjudicació tindran un paper important en l’atorgament d’avantatges injustificats o tracte privilegiat o disminuir la lliure concurrència, si aquests no són objectius i dirigits únicament a la finalitat principal: l’execució de les obres a la vista del projecte aprovat. És decisiva, així mateix, la igualtat en l’entrega de tota la informació als licitadors, a tots i cada un d’ells (vegeu en aquest sentit la Resolució 607/2013, de 4 de desembre de 2013, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals). També cal indicar, com assenyala el Tribunal Suprem en la sentència esmentada, la importància que té donar un termini suficient (raonable en terminologia utilitzada pel Tribunal) a la presentació de proposicions o ofertes.”

En conseqüència, en el cas sotmés a consulta, sense perjudici que a l’efecte del que preveu l’article 56.1 del TRLCSP es pugui o s’haja de considerar que no es dona la coincidència entre l’empresa licitadora i la que en el seu dia va efectuar l’estudi econòmic previ, l’òrgan de contractació de l’Ajuntament deu tindre en compte també el que disposa l’article 41 de la Directiva 2014/24/UE, ja que el termini per a la seua transposició a l’ordenament jurídic espanyol va concloure el 18 d’abril de 2016, data a partir de la qual els estats membres han de considerar directament aplicables la major part dels seus preceptes en defecte de normes pròpies o en tant que aquestes no entren en vigor, com és el cas del projecte de llei abans esmentat.

CONCLUSIONS

L’exclusió d’un licitador en un procediment de contractació per haver participat en l’elaboració de les especificacions tècniques, o en els estudis previs o altres documents preparatoris del contracte, només serà procedent quan aquesta participació provoque una restricció de la concurrència, falsege la competència o supose un tracte privilegiat al licitador esmentat, de manera que tals circumstàncies no puguen ser evitades o compensades per l’òrgan de contractació per mitjà de la posada a disposició de tots els licitadors de la informació intercanviada durant la preparació del contracte i l’establiment de terminis adequats i suficients per a licitar en condicions d’igualtat efectiva.

Aquest informe s’emet a l’empara del que disposa l’article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no té caràcter vinculant. Per tant, l’òrgan

consultant pot adoptar una decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

V. I P. EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1.*a*
Ordre d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 17 d'octubre de 2017