

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

INFORME 9/2017 DE 17 DE OCTUBRE DE 2017. INCOMPATIBILIDAD DEL ART. 56 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

En fecha 25 de agosto de 2017 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del ayuntamiento de El Campello, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“En base a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Consell le remito la siguiente consulta en materia de contratación:

El Ayuntamiento está tramitando un expediente de contratación para adjudicar un contrato de concesión de servicios para la explotación de un complejo deportivo conforme a la Directiva 2014/23 de la UE y el TRLCSP.

Entre la documentación preparatoria se adjudicó un contrato menor a una consultoría para elaborar un estudio económico para el proyecto de explotación que el Ayuntamiento ha modificado en aspectos muy puntuales. La empresa adjudicataria de dicho contrato menor a su vez subcontrató la parte deportiva del estudio a una persona física, especialista en la materia, que resulta ser el gerente de una empresa que tiene previsto presentarse a la licitación del contrato de concesión.

De acuerdo con la normativa de contratos, ¿el Ayuntamiento debería excluir a dicho licitador por considerar que puede suponer un trato privilegiado con respecto al resto de los candidatos?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta del Ayuntamiento plantea una cuestión de interés general referida a una situación que puede darse en numerosas ocasiones debido a la libertad de prestación de servicios y a la movilidad de los profesionales especializados en las actividades objeto de contratación pública. No es infrecuente que una misma persona pueda haber participado en los trabajos o estudios previos para una contratación y posteriormente forme parte del personal de una empresa que se presenta a la correspondiente licitación del contrato en cuestión.

El artículo 56.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo, TRLCSP), establece la siguiente incompatibilidad especial para poder concurrir a una concreta contratación pública:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.”

Como bien ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en varias ocasiones, el precepto anterior *exige dos condiciones para impedir la participación de una empresa en una licitación, la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato y que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. Hay que tener en cuenta que es una norma restrictiva y su interpretación no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados en ella.*” (Resolución 121/2016, de 12 de febrero de 2016).

En el caso sometido a consulta por el Ayuntamiento, una primera conclusión que debe extraerse de dicho precepto es que la participación de una persona en uno de los estudios previos para la contratación sólo causaría su incompatibilidad para participar en la licitación en el supuesto de que dicha circunstancia pueda suponer un trato privilegiado respecto al resto de empresas licitadoras, ya que es imposible o al menos muy improbable que en el contexto descrito en la consulta tal participación pueda por sí sola provocar una restricción de la libre concurrencia. Por otra parte, es necesario advertir que dicho precepto se refiere a que una misma empresa participe en la preparación de la



contratación y en su licitación, circunstancia que no se da en el caso sometido a consulta puesto que no es la empresa consultora adjudicataria del estudio previo, ni tampoco el subcontratista que realizó parte del estudio, quienes se presentan a la licitación del contrato. Por tanto, de acuerdo con el criterio del TACRC antes expuesto, según el cual no debe extenderse la aplicación del artículo 56.1 del TRLCSP a supuestos distintos de los expresados en él, ha de advertirse que la situación descrita en la consulta no se corresponde exactamente con la prevista en dicho artículo.

En un sentido análogo, el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, establece que *“cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, (...) o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia. Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia.”*

Aunque el contrato que motiva la consulta del Ayuntamiento es, según se indica en la misma, un contrato de concesión de servicios comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, hay que señalar no obstante que el anterior precepto se deriva directamente del principio de igualdad de trato que exigen ambas normas comunitarias, esta última en su artículo 3: *Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.* Por ello, dicho precepto es aplicable tanto a los contratos de concesión de servicios como a los restantes contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP

Prueba de lo anterior es que también el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que en el momento del presente informe una vez aprobado por el Pleno del Senado, continua ahora su tramitación en el Congreso de los Diputados, para su aprobación definitiva, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE y establece en su artículo 70.1, para todos los tipos de contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, una norma análoga a la de la Directiva en los

términos siguientes:

Artículo 70. Condiciones especiales de compatibilidad.

1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Como puede observarse, las normas anteriores ponen el acento en la obligación que tiene el órgano de contratación de asegurar el principio de igualdad de trato a los licitadores y de impedir que la competencia pueda falsearse, haciendo que todos tengan acceso a la misma información y estableciendo unos plazos suficientes para ofertar, de forma que cualquier conocimiento previo de alguno de ellos no suponga una ventaja relevante o un privilegio. En cambio, la exclusión de un licitador por haber participado *de algún modo* en los estudios previos o trabajos preparatorios de la contratación ha de utilizarse restrictiva y excepcionalmente cuando no exista otra forma de garantizar la igualdad de trato en la licitación del contrato.

En esta línea traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de citada por esta Junta en su informe 8/2014, de 24 de noviembre : *"El texto del artículo 53.3 es claro y explícito: no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos sometidos a la Ley 13/95 para quedar excluido de la licitación; es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor. Y ponderando las circunstancias concurrentes en autos, este Tribunal no ha llegado a dicha conclusión, aceptando, por el contrario, la tesis de la parte recurrente de que a través de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto*



a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan.”

En el citado Informe 8/2014 , esta Junta indicaba

“Es claro en este caso que la formulación de los criterios de adjudicación jugarán un papel importante en el otorgamiento de ventajas injustificadas o trato privilegiado o mermar la libre concurrencia, si estos no son objetivos y dirigidos únicamente a la finalidad principal: la ejecución de las obras a la vista del proyecto aprobado. Es decisiva, asimismo, la igualdad en la entrega de toda la información a los licitadores, a todos y cada uno de ellos (Vid. en este sentido la Resolución 607/2013, de 4 de diciembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). También hay que indicar, como señala el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, la importancia que reviste dar un plazo suficiente (razonable en terminología utilizada por el Tribunal) a la presentación de proposiciones u ofertas”

En consecuencia, en el caso sometido a consulta, sin perjuicio de que a efectos de lo previsto en el artículo 56.1 del TRLCSP pueda o deba considerarse que no se da la coincidencia entre la empresa licitadora y la que en su día efectuó el estudio económico previo, el órgano de contratación del Ayuntamiento debe también tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE, puesto que el plazo para su transposición al ordenamiento jurídico español concluyó el 18 de abril de 2016, fecha a partir de la cual los Estados miembros deben considerar directamente aplicables la mayor parte de sus preceptos en defecto de normas propias o en tanto estas no entren en vigor, como es el caso del proyecto de ley antes referido.

CONCLUSIONES

La exclusión de un licitador en un procedimiento de contratación por haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas, o en los estudios previos u otros documentos preparatorios del contrato, sólo procederá cuando dicha participación provoque una restricción de la concurrencia, falsee la competencia o suponga un trato privilegiado a dicho licitador, de un modo que tales circunstancias no puedan ser evitadas o compensadas por el órgano de contratación mediante la puesta a disposición de todos los

licitadores de la información intercambiada durante la preparación del contrato y el establecimiento de plazos adecuados y suficientes para licitar en condiciones de igualdad efectiva.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)
LA VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 17 de octubre de 2017