

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta
46010-VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: Informe 7/2021

INFORME 7/2021, DE 5 D'OCTUBRE DE 2021. PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR PER INCOMPATIBILITAT. ACTUACIONS NO CONFORMES A DRET SUBSISTINT LA PROHIBICIÓ. PRESENTACIÓ DE NOVA OFERTA PER LICITADOR CONTRÀRIA AI PRINCIPI DE TRANSPARÈNCIA I IGUALTAT ENTRE ELS LICITADORS

ANTECEDENTS

En data 6 d'agost de 2021 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Elx mitjançant el qual formula consulta sense acompanyar tota la documentació a què es fa referència en l'escrit ni el text de la consulta. Advertit això per la Secretaria de la Junta, aquesta és remesa el 9 d'agost. La consulta que es formula a la Junta és la següent:

“Assumpte: Consulta a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Comunitat Valenciana en relació amb l'expedient de licitació de contracte de serveis d'assistència tècnica de redacció de projectes i direcció d'obres de construcció de nou pavelló d'esport inclusiu.

Carlos González Serna, alcalde de l'Ajuntament d'Elx, actuant en nom i representació d'aquest, a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana formule la consulta següent:

L'Ajuntament d'Elx té en procés de licitació el contracte d'assistència tècnica per a la redacció de projectes i direcció d'obres de construcció de pavelló d'esport inclusiu. Es tracta d'un contracte subjecte a regulació harmonitzada que es tramita per procediment obert, havent-se publicat la licitació en la plataforma de contractació del sector públic i en el *Diari Oficial de la Unió Europea*. El termini de presentació d'ofertes va finalitzar el passat 21 de desembre de 2020.

Durant la tramitació de l'expedient la Mesa de Contractació s'ha reunit en les sessions següents, les actes de les quals es troben publicades en la PLCSP:

- 22 de desembre d'obertura i qualificació de la documentació administrativa.
- 23 de març de 2021 d'aprovació d'acta, d'incidències de licitador inadmes, esmena de documentació i obertura de sobre B.
- 5 de maig d'aprovació de l'acta anterior.
- 18 de maig de 2021 de valoració de criteris basats en un judici de valor i obertura de criteris avaluables automàticament.
- 16 de juny de 2021 d'aprovació d'acta, valoració de criteris avaluables automàticament, justificació d'oferta anormalment baixa, classificació i proposta d'adjudicació.

El procés licitatori es troba configurat amb l'aplicació de criteris subjectius (proposta arquitectònica 30 punts) i criteris objectius o valorables en xifres o percentatges (oferta econòmica amb 40 punts, treballs similars realitzats amb 20 punts, mitjans humans amb 5 punts i millores de documentació tècnica amb 5 punts).

Els licitadors havien d'incorporar en el sobre A) l'acreditació de la solvència tècnica o professional relativa als noms i qualificació professional del personal responsable d'executar la prestació objecte del contracte, no havent d'incloure el personal que s'oferisca en el criteri d'adjudicació "mitjans humans" perquè implicaria l'exclusió.

Finalitzat el termini de presentació d'ofertes s'admeten a la licitació 6 licitadores, entre les quals 2 unions temporals d'empreses.

Després del seguiment de les actuacions que preveu la Llei 9/2017, finalment el procés licitatori conclou amb la proposta de la Mesa d'elevar a l'òrgan de contractació la classificació i proposta d'adjudicació en favor d'una UTE formada per tres empreses. Des de l'Àrea de Contractació pública es realitza el tràmit d'obtenció d'informació en les plataformes del ROLECE, Agència Tributària, Seguretat Social i SUMA.

Obtinguda la informació, s'adverteix casualment que en una de les mercantils figura com a administrador un funcionari recentment incorporat, per la qual cosa se sol·licita el corresponent informe a l'Àrea de Recursos Humans, que procedeix a emetre'l i a confirmar que l'incorporat ho és en qualitat de funcionari interí des del 12 de març de 2021 i que es troba en servei actiu.

L'òrgan de contractació no ha efectuat encara la classificació del contracte.

Analitzat l'expedient sorgeixen les premisses següents:

- El funcionari interí és al seu torn part de l'equip proposat per la UTE com a responsable de l'execució del contracte (solvència tècnica) i, també ha aportat experiència pròpia (treballs similars) que ha sigut valorada en els criteris objectius.

- Al seu torn, l'empresa de la qual és administrador ha col·laborat en l'aportació del criteri objectiu dels treballs similars realitzats, la qual cosa s'ha traduït en l'aportació de puntuació en favor de la UTE.

En aquest context es manifesta la prohibició de contractar prevista en l'article 71.1 g) "Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la... Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques...

La prohibició afectarà les persones jurídiques en el capital de les quals participen, en els termes i quanties establides en la legislació citada, el personal i els alts càrrecs a què es refereix el paràgraf anterior, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes...".

La Llei 53/1984 en el seu article 12.1 estableix que "En tot cas, el personal comprés en l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei no podrà exercir les activitats següents:

c) L'acompliment, per si o per persona interposada, de càrrecs de tot ordre en empreses o societats concessionàries, contractistes d'obres, serveis o subministraments, arrendatàries o administradores de monopolis, o amb participació o aval del sector públic, qualsevol que siga la configuració jurídica d'aquelles".

La prohibició de contractar afecta així al mateix funcionari i a la persona jurídica de la qual és el seu òrgan d'administració. No obstant això, en aquest assumpte la prohibició és sobrevinguda, atés que el termini de



presentació d'ofertes va finalitzar el 21 de desembre de 2020 i la condició de funcionari s'obté el 12 de març de 2021.

Davant aquesta circumstància els representants de cadascuna de les empreses que conformen l'UTE i el funcionari interí han presentat escrit a l'Ajuntament en el qual indiquen que:

- El funcionari interí que va actuar com a representant legal de l'empresa ha elevat escriptura notarial de cessament de la seua condició d'administrador solidari d'aquesta i ha procedit a la venda de la totalitat de les participacions socials que posseïa de la mercantil tant ell com el seu pare, i queden totalment desvinculats de la societat. S'aporta còpia d'escriptura notarial d'acords socials (canvi d'òrgan d'administració i domicili social) i compravenda de participacions socials i acta notarial d'identificació de titular real de societat.

- Proposen la substitució del funcionari interí en l'equip tècnic designat per dos arquitectes dels quals indiquen que tenen els mateixos mèrits en la seua qualificació professional i vida laboral, acompanyant una declaració responsable dels projectes d'instal·lacions i direccions d'execució que han realitzat.

- Indiquen que si la proposició dels tècnics no és acceptada per qualsevol circumstància, es proposarà un altre tècnic.

Davant tots els elements succintament descrits d'aquesta licitació, s'eleva consulta a la Junta Superior de Contractació de la Comunitat Valenciana en el sentit següent:

Podríem entendre que els canvis realitzats en l'empresa de la UTE per a la fase d'execució del contracte podrien ser admesos sense que afectara la licitació i el resultat final del procés seguit, quant a la puntuació obtinguda, ja que fins i tot havent-se fet els canvis després del termini de presentació d'ofertes, es troba justificat pel caràcter sobrevingut de la prohibició de contractar, havent-hi aquesta ja desaparegut i, per tant, en romandre les mateixes empreses en la UTE, continuar amb la classificació del contracte en els termes en què van ser adoptats per la Mesa de Contractació.

Respecte als nous professionals proposats per a formar part de l'equip, caldria procedir a requerir l'acreditació dels mèrits al·legats quant a experiència a fi que es comprovara l'equivalència amb el funcionari interí quant a la puntuació obtinguda en la licitació per aquest o bastaria amb la seua substitució en l'equip?

S'adjunta la documentació següent:

- Plec de clàusules administratives particulars.
- Actes de la Mesa de Contractació
- Escrit de la UTE i del funcionari afectat, així com la documentació que l'acompanya.

El que s'eleva a l'efecte de sol·licitud del corresponent informe de l'òrgan al qual ens pertoca de dirigir-nos.
CARLOS GONZÁLEZ SERNA - Alcalde"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Respecte a les qüestions que es plantegen, aquesta Junta ha de realitzar un advertiment previ. La prohibició de contractar sobrevinguda és la que es produeix després de la formalització del contracte, que no impedeix

la seua continuació, si bé si expressament es preveu en els plecs reguladors que pot ser objecte de resolució de contracte.

En el cas exposat ens trobem que durant el procediment de contractació i des del 12 de març de 2021, existeix una prohibició de contractar pel motiu exposat i definit en l'art. 71.1.g) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, d'ara en avant (LCSP).

“Art. 71 1. No podran contractar amb les entitats previstes en l'article 3 de la present Llei amb els efectes establits en l'article 73, les persones en les quals concórrega alguna de les circumstàncies següents:

g) Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració General de l'Estat o les respectives normes de les comunitats autònomes, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques o tractar-se de qualsevol dels càrrecs electius regulats en la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes establits en aquesta.

La prohibició de contractar descrita serà apreciada directament pels òrgans de contractació, que subsisteix mentre concórreguen les circumstàncies que en cada cas les determinen.”

Per tant tots els actes i acords adoptats des d'aquesta data sense l'exclusió de l'empresa incursa s'han adoptat sense conformitat amb el dret. La mateixa proposta d'adjudicació manca d'aparença de legalitat en proposar una empresa en situació de contractar.

Cert és que la qüestió es fa pública en sol·licitar la corresponent certificació del Registre de Licitadors i Empreses Classificades del Sector Públic. En aquest precís moment deuria haver-se procedit a l'apreciació per l'òrgan de contractació de la prohibició i l'exclusió de les empreses que conformen la proposició de la UTE, perquè si bé la prohibició afecta una d'elles, de conformitat amb l'art. 69.8 de la LCSP: *“Quedarà exclosa també del procediment d'adjudicació del contracte la unió temporal d'empreses quan alguna o algunes de les empreses que la integren quedara incursa en prohibició de contractar.”*

Per altra banda crida l'atenció l'actuació de l'empresa incursa en aquesta prohibició, conducta sens dubte mancada de bona fe i és que com afirma l'informe de la Junta Consultiva en l'informe 22/16, de 10 d'octubre de 2017, *“els contractes obliguen no sols a l'expressament pactat, sinó a totes les conseqüències que, segons la seua naturalesa, siguen conformes amb la bona fe, a l'ús i a la llei, havent-se interpretat que la bona fe que ha de presidir el desenvolupament de la relació contractual és també exigible fins i tot amb anterioritat a la subscripció del contracte, en la mesura en què el comportament desenvolupat per les parts, en la fase precontractual, pot condicionar la bona fi i desenvolupament del negoci que amb posterioritat els vincule.”*

Doncs bé, al fil de l'anterior i lluny d'actuar en el sentit apuntat per aquesta Junta, se li dona la possibilitat al contractista de modificar la situació que genera la prohibició. En aquest punt consten en la documentació remesa a l'Ajuntament en data 3 d'agost de 2021, escriptura de data 27 de juliol de 2021, còpia simple, no inscrita en el registre mercantil corresponent pel qual cessen els administradors solidaris i es nomena un administrador únic, i de 29 de juliol de 2021, de venda de participacions de la persona incursa en prohibició de contractar que es desvincula de la societat.

És clar que la situació de prohibició de contractar no subsistirà des del 27 de juliol de 2021, però sí en tots



els actes anteriors a aquesta data. Actes que haurien d'haver determinat l'exclusió del licitador.

Al costat d'aquestes escriptures es produeix la presentació de nova proposició de personal, per a substituir el funcionari que formava part de l'equip afectat per la incompatibilitat, i dels seus treballs realitzats per a complir amb el requisit de solvència tècnica. Però aquesta proposta vas més enllà de la mera solvència tècnica i professional, perquè comprén la certificació dels treballs realitzats, és de dir l'experiència en treballs similars, que no constitueix requisit de solvència tècnica i professional segons el plec de clàusules administratives. En aquest sentit ha de recordar-se que els terminis en el procediment de contractació són peremptoris i preclusius, sota pena de menyscabar els principis de transparència i igualtat entre els licitadors consagrats en l'art. 1 de la LCSP.

Però és més, l'atenta lectura del plec de clàusules administratives ens indica que com a criteri de solvència tècnica i professional en el punt 11 de l'annex i de característiques del contracte:

“-Acreditació de la solvència tècnica o professional:

- Article 90 apartat e):

Requisits mínims de solvència i acreditació documental: *títols acadèmics i professionals de l'empresari i dels directius de l'empresa i, en particular, del responsable o responsables de l'execució del contracte, així com dels tècnics encarregats directament d'aquesta, de conformitat amb la dotació de mitjans humans necessaris que es descriuen en la clàusula 4 del plec de prescripcions tècniques.”*

Per contra, entre els criteris d'adjudicació en el punt 19 de l'annex i de característiques del contracte:

“B.2.- Treballs similars realitzats (fins a 20 punts).

Es valoraran els treballs de redacció o direcció d'obra de projectes similars quant a l'ús, edificabilitat o pressupost als que són objecte d'aquesta licitació, degudament acreditats amb certificat de bona execució, per un o diversos dels membres de l'equip redactor en els últims deu anys i s'assignarà major puntuació als serveis de redacció de projectes i de direcció d'obres d'edificis destinats a ús esportiu de major import.

S'han considerat projectes similars els d'ús esportiu i quant a pressupost aquells l'import dels quals (prenent el PEM) supera 5.000.000 €. S'estableix la taula de valoració següent, on assignen els punts establits per categoria i import per cada projecte acreditat, que no poden superar la puntuació màxima assignada en cadascun dels quatre apartats.

REDACCIÓ PROJECTES (puntuació màxima 8,5)

ÚS IMPORT en € (X) PUNTS

Esportiu $X \geq 5.000.000$ 5,00

Esportiu $5.000.000 > X \geq 2.000.000$ 2,00

Esportiu $2.000.000 > X \geq 1.000.000$ 1,00

Esportiu $X < 1.000.000$ 0,50

REDACCIÓ PROJECTES INSTAL·LACIONS (puntuació màxima 1,5)

USE IMPORT en € (X) PUNTS

Esportiu $X \geq 850.000$ 1,00

Esportiu $X < 850.000$ 0,50

DIRECCIÓ OBRA PROJECTES (puntuació màxima 8,5)

ÚS IMPORT en € (X) PUNTS

Esportiu $X \geq 5.000.000$ 5,00

Esportiu $5.000.000 > X \geq 2.000.000$ 2,00

Esportiu $2.000.000 > X \geq 1.000.000$ 1,00

Esportiu $X < 1.000.000$ 0,50

DIRECCIÓ OBRA PROJECTES INSTAL·LACIONS (puntuació màxima 1,5)

ÚS IMPORT en € (X) PUNTS

Esportiu $X \geq 850.000$ 1,00

Esportiu $X < 850.000$ 0,50”

El fet d'incloure al funcionari incurs en incompatibilitat en l'equip redactor i tractar s'esmenar tal fet per les empreses que conformen la proposta d'UTE és sens dubte una nova oferta perquè incideix en un criteri de valoració, que no pot ser admesa sota pena de conculcar els principis de transparència i igualtat entre els licitadors.

CONCLUSIONS

Primera.- La proposta d'adjudicació de data 16 de juny de 2021 no és conforme a Dret en incloure com a possible adjudicatari una empresa incusa en prohibició de contractar. Pel que s'hauria d'haver apreciat aquesta situació per l'òrgan de contractació i determinar la seua exclusió i proposar el segon licitador en ordre de valoració.

Segona.- El canvi d'administradors solidaris de l'empresa incursa en prohibició de contractar i la venda de les participacions desvinculant-se el funcionari afectat per la prohibició de contractar abans de dictar-se l'adjudicació suposa que és a partir de la data d'elevació a públics, no abans, quan l'empresa no està incursa en prohibició.

Tercera.- No obstant això, la nova proposta de personal certifica els treballs realitzats, és a dir l'experiència en treballs realitzats, que incideix en un criteri de valoració, el que suposa la presentació d'una nova oferta que no pot ser admesa sota pena de conculcar els principis de transparència i igualtat entre els licitadors a més de no ser conforme amb els terminis.

Quarta.- Si s'adjudica el contracte a la UTE segons proposta de 16 de juny de 2021 ha de recordar-se que l'art. 39. 2 a) de la LCSP declara la nul·litat de ple dret dels contractes subscrits quan l'adjudicatari estiga incurs en alguna de les prohibicions per a contractar assenyalades en l'article 71.

Cinquena.- Vist tot l'actuat aquesta Junta entén que no pot adjudicar-se el contracte a la UTE conforme a la proposta d'adjudicació de data 16 de juny de 2021.

El present Informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas. “

LA SECRETARIA

Vist i plau del president

Subsecretari d'Hisenda i Model Econòmic



APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data