

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

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

INFORME 7/2021, DE 5 DE OCTUBRE DE 2021. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INCOMPATIBILIDAD. ACTUACIONES NO CONFORMES A DERECHO SUBSISTIENDO LA PROHIBICIÓN . PRESENTACIÓN DE NUEVA OFERTA POR LICITADOR CONTRARIA AL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E IGUALDAD ENTRE LOS LICITADORES

ANTECEDENTES

En fecha 6 de agosto de 2021, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Elche mediante el que formula consulta sin acompañar toda la documentación a que se hace referencia en el escrito ni el texto de la consulta. Advertido esto por la Secretaría de la Junta, ésta es remitida el 9 de agosto. La consulta que se formula a la Junta es la del siguiente :

“Asunto: Consulta a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana en relación con el expediente de licitación de contrato de servicios de asistencia técnica de redacción de proyectos y dirección de obras de construcción de nuevo pabellón de deporte inclusivo.

Carlos González Serna, Alcalde del Ayuntamiento de Elche, actuando en nombre y representación del mismo, a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana formulo la siguiente consulta:

El Ayuntamiento de Elche tiene en proceso de licitación el contrato de asistencia técnica para la redacción de proyectos y dirección de obras de construcción de pabellón de deporte inclusivo. Se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada que se tramita por procedimiento abierto, habiéndose publicado la licitación en la plataforma de contratación del sector público y en el Diario Oficial de la Unión Europea. El plazo de presentación de ofertas finalizó el pasado 21 de diciembre de 2020.

Durante la tramitación del expediente la Mesa de Contratación se ha reunido en las siguientes sesiones, cuyas actas se encuentran publicadas en la PLCSP:

- 22 de diciembre de apertura y calificación de la documentación administrativa
- 23 de marzo de 2021 de aprobación de acta, de incidencias de licitador inadmitido, subsanación de documentación y apertura de sobre B.
- 5 de mayo de aprobación de acta anterior.
- 18 de mayo de 2021 de valoración de criterios basados en un juicio de valor y apertura de criterios evaluables automáticamente.
- 16 de junio de 2021 de aprobación de acta, valoración de criterios evaluables automáticamente, justificación de oferta anormalmente baja, clasificación y propuesta de adjudicación.

El proceso licitatorio se encuentra configurado con la aplicación de criterios subjetivos (propuesta arquitectónica 30 puntos) y criterios objetivos o valorables en cifras o porcentajes (oferta económica con 40 puntos, trabajos similares realizados con 20 puntos, medios humanos con 5 puntos y mejoras de documentación técnica con 5 puntos).

Los licitadores tenían que incorporar en el sobre A) la acreditación de la solvencia técnica o profesional relativa a los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato, no debiendo incluir el personal que se oferte en el criterio de adjudicación “medios humanos” pues implicaría la exclusión.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas se admiten a la licitación 6 licitadoras, entre ellas 2 Uniones Temporales de Empresas.

Tras el seguimiento de las actuaciones que prevé la Ley 9/2017, finalmente el proceso licitatorio concluye con la propuesta de la Mesa de elevar al órgano de contratación la clasificación y propuesta de adjudicación en favor de una UTE formada por tres empresas. Desde el Área de Contratación pública se realiza el trámite de obtención de información en las plataformas del ROLECE, Agencia Tributaria, Seguridad Social y SUMA.

Obtenida la información se advierte casualmente que en una de las mercantiles figura como administrador un funcionario recién incorporado, por lo que se solicita el correspondiente informe al Área de Recursos Humanos, que procede a emitirlo y a confirmar que el incorporado lo es en calidad de funcionario interino desde el 12 de marzo de 2021 encontrándose en servicio activo.

El órgano de contratación no ha efectuado aún la clasificación del contrato.

Analizado el expediente surgen las siguientes premisas:

- El funcionario interino es a su vez parte del equipo propuesto por la UTE como responsable de la ejecución del contrato (solvencia técnica) y, también ha aportado experiencia propia (trabajos similares) que ha sido valorada en los criterios objetivos.

- A su vez, la empresa de la que es administrador ha colaborado en la aportación del criterio objetivo de los trabajos similares realizados, lo que se ha traducido en la aportación de puntuación en favor de la UTE.

En este contexto se manifiesta la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 g) “Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la... Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas...

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas...”

La Ley 53/1984 en su artículo 12.1 establece que “En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:

c) 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 aquéllas”



La prohibición de contratar afecta así al propio funcionario y a la persona jurídica de la que es su órgano de administración. Sin embargo, en este asunto la prohibición es sobrevenida, dado que el plazo de presentación de ofertas finalizó el 21 de diciembre de 2020 y la condición de funcionario se obtiene el 12 de marzo de 2021.

Ante dicha circunstancia los representantes de cada una de las empresas que conforman la UTE y el funcionario interino han presentado escrito en el Ayuntamiento en el que vienen a indicar que:

- El funcionario interino que actuó como representante legal de la empresa ha elevado escritura notarial de cese de su condición de administrador solidario de la misma, procediendo a la venta de la totalidad de las participaciones sociales que poseía de la mercantil tanto él como su padre, quedando totalmente desvinculados de la sociedad. Se aporta copia de escritura notarial de acuerdos sociales (cambio de órgano de administración y domicilio social) y compraventa de participaciones sociales y acta notarial de identificación de titular real de sociedad.

- Proponen la sustitución del funcionario interino en el equipo técnico designado por dos arquitectos de los que indican que tienen los mismos méritos en su cualificación profesional y vida laboral, acompañando una declaración responsable de los proyectos de instalaciones y direcciones de ejecución de las mismas que han realizado.

- Indican que si la proposición de los técnicos no es aceptada por cualquier circunstancia se propondrá otro técnico.

Ante todos los elementos someramente descritos de esta licitación, se eleva consulta a la Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana en el siguiente sentido:

¿Podríamos entender que los cambios realizados en la empresa de la UTE para la fase de ejecución del contrato podrían ser admitidos sin que afectara a la licitación y al resultado final del proceso seguido, en cuanto a la puntuación obtenida, puesto que aun habiéndose realizado los cambios después del plazo de presentación de ofertas se encuentra justificado por el carácter sobrevenido de la prohibición de contratar, habiendo esta ya desaparecido y, por tanto, al permanecer las mismas empresas en la UTE continuar con la clasificación del contrato en los términos en que fueron adoptados por la Mesa de Contratación?

Respecto a los nuevos profesionales propuestos para formar parte del equipo ¿habría que procede a requerir de acreditación de los méritos alegados en cuanto a experiencia a fin de que se comprobara la equivalencia con el funcionario interino en cuanto a la puntuación obtenida en la licitación por éste o bastaría con su sustitución en el equipo?

Se adjunta la siguiente documentación:

- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Actas de la Mesa de Contratación
- Escrito de la UTE y del funcionario afectado, así como la documentación que le acompaña.

Lo que se eleva a los efectos de solicitud del correspondiente informe del órgano al que cabe el honor de dirigirnos.

CARLOS GONZALEZ SERNA - Alcalde"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Respecto a las cuestiones que se plantean, esta Junta debe realizar una advertencia previa. La prohibición de contratar sobrevenida es la que se produce tras la formalización del contrato, que no impide su continuación si bien, si expresamente se contempla en los pliegos reguladores, puede ser objeto de resolución de contrato.

En el caso expuesto nos encontramos que durante el procedimiento de contratación y desde el 12 de marzo de 2021, existe una prohibición de contratar por el motivo expuesto y definido en el art. 71.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante (LCSP).

“Art. 71 1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición de contratar descrita se apreciará directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurran las circunstancias que en cada caso las determinan.”

Por tanto todos los actos y acuerdos adoptados desde esa fecha sin la exclusión de la empresa incurso se han adoptado sin conformidad a Derecho. La propia propuesta de adjudicación carece de visos de legalidad al proponer una empresa en situación de contratar.

Cierto es que la cuestión se hace pública al solicitar la correspondiente certificación del Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público. En ese preciso momento debería haberse procedido a la apreciación por el órgano de contratación de la prohibición y la exclusión de las empresas que conforman la proposición de UTE, pues si bien la prohibición afecta a una de ellas, de conformidad con el art. 69.8 de la LCSP: *“Quedaría excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.”*

En otro orden de cosas llama la atención la actuación de la empresa incurso en dicha prohibición, conducta a todas luces falta de buena fe y es que como afirma el Informe de la Junta Consultiva en informe 22/16, de 10 de octubre de 2017, *“ los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, habiéndose interpretado que la buena fe que debe presidir el desenvolvimiento de la relación contractual es también exigible incluso con anterioridad a la suscripción del contrato, en la medida en que el comportamiento desarrollado por las partes, en la fase precontractual, puede condicionar el buen fin y desenvolvimiento del negocio que con posterioridad les vincule.”*

Pues bien al hilo de lo anterior y lejos de actuar en el sentido apuntado por esta Junta se le da la posibilidad al contratista de modificar la situación que genera la prohibición. En este punto constan en la documentación remitida al Ayuntamiento en fecha 3 de agosto de 2021, escritura de fecha 27 de julio de



2021, copia simple, no inscrita en el Registro Mercantil correspondiente por el que cesan los administradores solidarios y se nombra un administrador único, y de 29 de julio de 2021 de venta de participaciones de la persona incurso en prohibición de contratar que se desvincula de la sociedad.

Es claro que la situación de prohibición de contratar no subsistirá desde el 27 de julio de 2021 pero sí en todos los actos anteriores a dicha fecha. Actos que deberían haber determinado la exclusión del licitador.

Junto a dichas escrituras se produce la presentación de nueva proposición de personal, para sustituir al funcionario que formaba parte del equipo afectado por la incompatibilidad, y de sus trabajos realizados para cumplir con el requisito de solvencia técnica. Pero dicha propuesta va más allá de la mera solvencia técnica y profesional, pues comprende la certificación de los trabajos realizados, es de decir la experiencia en trabajos similares, que no constituye requisito de solvencia técnica y profesional según el pliego de cláusulas administrativas. En este sentido debe recordarse que los plazos en el procedimiento de contratación son perentorios y preclusivos so pena de menoscabar los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores consagrados en el art. 1 de la LCSP.

Pero es más, la atenta lectura del pliego de cláusulas administrativas nos indica que como criterio de solvencia técnica y profesional en el punto 11 del Anexo I de Características del contrato:

“-Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

- Artículo 90 apartado e):

Requisitos mínimos de solvencia y acreditación documental: Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la ejecución del contrato así como de los técnicos encargados directamente de la misma, de conformidad con la dotación de medios humanos necesarios que se describen en la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas.”

Por el contrario entre los criterios de adjudicación en el punto 19 del Anexo I de Características del contrato:

“B.2.- Trabajos similares realizados (hasta 20 puntos).

Se valoraran los trabajos de redacción o dirección de obra de proyectos similares en cuanto al uso, edificabilidad o presupuesto a los que son objeto de esta licitación, debidamente acreditados con certificado de buena ejecución, por uno o varios de los miembros del equipo redactor en los últimos diez años, asignando mayor puntuación a los servicios de redacción de proyectos y de dirección de obras de edificios destinados a uso deportivo de mayor importe.

Se han considerado proyectos similares los de uso deportivo y en cuanto a presupuesto aquellos cuyo importe (tomando el P.E.M.) supera 5.000.000 €. Se establece la siguiente tabla de valoración, asignándose los puntos establecidos por categoría e importe por cada proyecto acreditado, no pudiendo superar la puntuación máxima asignada en cada uno de los cuatro apartados

REDACCIÓN PROYECTOS (puntuación máxima 8,5)

USO IMPORTE en € (X) PUNTOS

Deportivo $X \geq 5.000.000$ 5,00

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

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

Deportivo $X < 1.000.000$ 0,50

REDACCIÓN PROYECTOS INSTALACIONES (puntuación máxima 1,5)

USO IMPORTE en € (X) PUNTOS

Deportivo $X \geq 850.000$ 1,00
Deportivo $X < 850.000$ 0,50
DIRECCION OBRA PROYECTOS (puntuación máxima 8,5)
USO IMPORTE en € (X) PUNTOS
Deportivo $X \geq 5.000.000$ 5,00
Deportivo $5.000.000 > X \geq 2.000.000$ 2,00
Deportivo $2.000.000 > X \geq 1.000.000$ 1,00
Deportivo $X < 1.000.000$ 0,50
DIRECCION OBRA PROYECTOS INSTALACIONES (puntuación máxima 1,5)
USO IMPORTE en € (X) PUNTOS
Deportivo $X \geq 850.000$ 1,00
Deportivo $X < 850.000$ 0,50"

El hecho de incluir al funcionario incurso en incompatibilidad en el equipo redactor y tratar se subsanar tal extremo por las empresas que conforman la propuesta de UTE es a todas luces una nueva oferta pues incide en un criterio de valoración, que no puede ser admitida so pena de conculcar los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores.

CONCLUSIONES

Primera.- La propuesta de adjudicación de fecha 16 de junio de 2021 no es conforme a Derecho al incluir como posible adjudicatario una empresa incusa en prohibición de contratar. Por lo que se debería haber apreciado esta situación por el órgano de contratación y determinar su exclusión, proponiendo al segundo licitador en orden de valoración

Segunda.- El cambio de administradores solidarios de la empresa incursa en prohibición de contratar y la venta de las participaciones desvinculándose el funcionario afectado por la prohibición de contratar antes de dictarse la adjudicación supone que es a partir de la fecha de elevación a públicos no antes cuando la empresa no está incursa en prohibición.

Tercera.- No obstante la nueva propuesta de personal certifica los trabajos realizados , es decir la experiencia en trabajos realizados, que incide en un criterio de valoración lo que supone la presentación de una nueva oferta que no puede ser admitida so pena de conculcar los principios de transparencia e igualdad entre los licitadores además de no ser conforme con los plazos

Cuarta.- De adjudicar el contrato a la UTE según propuesta de 16 de junio de 2021 debe recordarse que el art. 39. 2 a) de la LCSP declara la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados cuando el adjudicatario este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

Quinta.- Visto todo lo actuado esta Junta entiende que no puede adjudicarse el contrato a la UTE conforme a la propuesta de adjudicación de fecha 16 de junio de 2021.



El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no 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. “

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 5 de octubre de 2021