

Ref.: SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: Informe 1/2023

INFORME 1/2023, DE 12 DE MAIG DE 2023. PROCEDIMENT NEGOCIAT SENSE PUBLICITAT DE L'ARTICLE 168.a) 2n, DE L'LCSP. OBRES, SUBMINISTRAMENTS O SERVEIS QUE NOMÉS PUGUEN SER ENCOMANATS A UN EMPRESARI DETERMINAT.

ANTECEDENTS

En data 4 d'abril de 2023, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Diputació de Castelló, mitjançant la qual formula consulta del següent tenor literal:

“ Per la Presidència se sol·licita un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en relació amb:

La contractació de la Plataforma d'Administració electrònica per a la Diputació Provincial, Entitats Locals de la Província de menys de 20.000 habitants, OAL i Consorcis. S'adjunten els plecs de la contractació anterior per a millor coneixement de l'objecte del contracte.

Finalitzat el termini màxim de cinc anys, incloses les pròrrogues, pels tècnics de la Diputació, es proposa la celebració d'un contracte negociat sense publicitat en atenció a l'article 168 a 2n LCSP. S'hi adjunta un informe on es conclou que “vist tot això, es considera que per raons tècniques, econòmiques i estratègiques s'hauria de continuar amb la plataforma d'administració electrònica denominada Gestiona i, a la finalització de l'actual contracte, realitzar un procediment negociat sense publicitat a fi de garantir la continuïtat d'aquesta.”

Jurídicament es tenen dubtes, en atenció als principis que regeixen la contractació pública i la necessitat de sotmetre a concurrència pública les licitacions, i en l'aplicació de l'article 168. a 2n LCSP, que no es justifica en el fet que únicament existisca una empresa, sinó per raons tècniques, econòmiques i estratègiques, de conformitat amb l'informe tècnic.

Per tot això, es pregunta:

Si és viable la contractació de la plataforma d'Administració electrònica a través del procediment negociat sense publicitat de l'art. 168 a 2n LCSP, a la vista dels arguments de l'informe tècnic.

PRESIDENT JOSEP PASQUAL MARTÍ GARCÍA“

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'art. 168 a) 2n de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant LCSP) regula el següent suposat d'aplicació del procediment negociat sense publicitat:

“Quan les obres, els subministraments o els serveis sol puguin ser encomanats a un empresari determinat, per alguna de les següents raons: que el contracte tinga per objecte la creació o adquisició d'una obra d'art única no integrant del Patrimoni Històric espanyol o actuació artística única; que no existisca competència per raons tècniques; o que procedisca la protecció de drets exclusius, inclosos els drets de propietat intel·lectual i industrial.

Segons el considerant 50 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública *“sol les situacions d'exclusivitat objectiva poden justificar el recurs en el procediment negociat sense publicació, sempre que la situació d'exclusivitat no haja sigut creada pel propi poder adjudicador amb vista al futur procediment de contractació”*. A més, indica que els poders adjudicadors que s'acullen a aquesta excepció *“han de motivar per què no existeixen altres alternatives”, com per exemple prendre en consideració obres, subministraments o serveis que siguin comparables des del punt de vista funcional. I afegir que, quan la situació d'exclusivitat siga deguda a raons tècniques, aquestes “han de definir-se i justificar-se rigorosament per a cada cas particular”*.

El precepte transcrit d'acord amb els Tribunals de Recursos Contractuals, ha d'interpretar-se amb rigor, perquè l'aplicació del procediment negociat sense publicitat, puix que suposa una limitació als principis de publicitat i concurrència, té caràcter excepcional i només procedeix quan concorren les causes taxades previstes en la llei, que són d'interpretació estricta i han de justificar-se com cal en l'expedient (resolucions 316/2917, 363/2017 i 574/2018 del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals).

El quid de la qüestió no radica en el producte, servei o obra objecte de contractació, sinó a justificar que el contracte només pot adjudicar-se a un empresari determinat. És a dir, només un empresari pot executar el contracte, la qual cosa caldrà justificar en l'expedient. I com indica l'informe 52/06, d'11 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, *“si és motiu indirecte i remot que això siga per raons tècniques, artístiques o d'exclusivitat de drets.*

Amb tot això i com assenyala la Sentència del Tribunal de Justícia de la UE de 14 de setembre de 2004 (Assumpte C-385/02 Comissió contra Itàlia) *las disposiciones de l'article 7, apartat 3, de la Directiva que autoritzen excepcions a les normes que pretenen garantir l'efectivitat dels drets reconeguts pel Tractat CE en el sector dels contractes públics d'obres, han de ser objecte d'una interpretació estricta, i la càrrega de la prova que existeixen realment les circumstàncies excepcionals que justifiquen l'excepció incumbeixen a qui vulga beneficiar-se d'aquestes “.*

El recurs de la Diputació de Castelló al procediment negociat sense publicitat ex art. 168. a) 2n té el seu fonament en l'Informe justificatiu sobre la continuïtat de la Plataforma Gestiona emés pel Servei d'Administració i Innovació Pública, el text del qual diu que:

CONTRACTE: *Plataforma d'Administració Electrònica per a la Diputació Provincial, Entitats Locals de la Província de menys de 20.000 habitants, OAL i Consorcis adscrits. (Exp. 3203/2019)*

PROCEDIMENT D'ADJUDICACIÓ PROPOSAT: *negociat sense publicitat (art. 168-a-2n Llei contractes sector públic 2017).*

OBJECTE: *Servei de manteniment de la plataforma d'Administració Electrònica Gestiona per a la Diputació i les entitats locals de menys de 20.000 habitants de la província de Castelló.*



ANTECEDENTS

La Generalitat Valenciana i les diputacions de Castelló, Alacant i València van signar un convingut en 2008 a fi d'oferir una plataforma d'administració electrònica per a les entitats locals de la Comunitat Valenciana i així donar compliment a la Llei 11/2007 de l'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, tot això des d'un enfocament orientat a la utilització de programari lliure que permetera a aquestes AAPP tindre la propietat i ser capaces d'evolucionar la solució resultant.

Transcorreguts 5 anys des de la signatura del conveni anterior no es va aconseguir desplegar una plataforma d'administració electrònica que complira amb la normativa vigent i que al seu torn modernitzara les administracions de les nostres entitats locals.

A l'octubre de 2013, després d'un **procediment obert** de contractació, s'adjudica el contracte de plataforma d'administració electrònica per a les entitats locals de la província a l'empresa Espublico Servicios per a l'Administració amb el seu producte denominat Gestiona, per un període de 5 anys. La plataforma Gestiona es tracta d'un programari privatiu, que el seu legítim titular és la mercantil esmentada, ja que és l'única propietària del codi font.

A l'octubre de 2019, després d'un nou **procediment obert** de contractació, torna a resultar adjudicatària l'empresa Espublico Servicios per a Administració, per un altre període de 5 anys.

En data de hui, a més de la pròpia Diputació Provincial, dels 127 ajuntaments de menys de 20.000 habitants, de què consta la província, **124 (97,63% del total)** estan gaudint de la plataforma Gestiona gràcies a la contractació a dalt esmentada. A aquestes entitats locals cal afegir altres **25 organismes públics**, entre mancomunitats, consorcis i organismes autònoms.

Si transformem les xifres anteriors en nombre d'usuaris i ciutadans que tenen relació directa amb la plataforma Gestiona, podem concloure que, aproximadament **3.479 empleats públics** de les entitats locals, treballen ja ja quasi **10 anys** amb aquesta plataforma i **158.000 ciutadans** es venen relacionant amb la seua administració local a través de la mateixa plataforma.

La implantació d'una plataforma d'administració electrònica en una entitat local suposa una revolució a tots els nivells, impactant directament en el treball dels empleats de les entitats i afavorint la modernització administrativa per a adaptar-se als canvis normatius i a la demanda d'una societat cada vegada més tecnològica i participativa.

Aquesta transformació digital de les entitats locals de la província de Castelló, arran de la posada en producció de la plataforma d'administració electrònica Gestiona, ha suposat per a la Diputació un gran esforç econòmic al llarg d'aquests anys. Excloent els costos associats al manteniment de la plataforma, a continuació es resumeix, en xifres aproximades, el desembossament econòmic efectuat fins ara en la dita plataforma des d'octubre de 2019:

1. Implantació inicial en totes les entitats locals: **100.000,00 €**

2. Programa de millora contínua: **150.000,00 €**

El programa de millora contínua ha permés capacitar als empleats públics en l'ús de la plataforma, a fi d'augmentar la seua eficàcia i eficiència, tant en la tramitació de les sol·licituds dels ciutadans, com per a la gestió interna dels expedients de cada entitat. Lògicament, en aquesta capacitació s'han invertit moltíssimes jornades de treball per part dels empleats de les entitats, així com tots els desplaçaments associats per al trasllat al lloc de la formació.

Així mateix, durant tots aquests anys, s'ha desenvolupat l'entramat jurídic – institucional que ha donat cobertura a les funcionalitats de Gestiona al mateix temps que responia a les exigències del legislador imposades des de 2015 per les lleis 39 i 40. Estem parlant, per exemple, pel Reglament d'Administració

electrònica, la Política de signatura electrònica o certificats digitals o la Política de gestió documental i arxivament electrònic longeu.

JUSTIFICACIÓ

Per tot l'anterior, la possibilitat que, a través d'un procediment obert de contractació, s'adjudicara una plataforma d'administració electrònica a un altre proveïdor diferent resultaria ineficient econòmicament i estratègicament pels següent motius:

-Implantació.- Necessitat d'un nou desemborsament inicial en la implantació d'una plataforma que seria redundant, en tant que ja s'han invertit els fons necessaris per a la seua implantació en el passat. Com ja s'ha resumit anteriorment, el cost de la implantació per a 124 ajuntaments, la Diputació Provincial i 25 organismes públics va ascendir a **100.000,00 €**.

-Formació.- La contractació d'una nova plataforma suposaria despeses addicionals en formació i adaptació dels usuaris a aquestes; despesa que, de nou, s'ha realitzat ja en el passat. Com ja s'ha resumit anteriorment, el cost de la formació desemborsat fins hui, per a 124 ajuntaments, la Diputació Provincial i 25 organismes públics, ascendeix a **150.000,00 €**, sense computar els costos originats pel desplaçament de l'alumnat i per la seua absència en el lloc de treball durant la formació.

-Duplicitats.- La contractació d'una nova plataforma suposaria l'haver de conviure durant un temps gens negligible les dues plataformes, Gestiona i la nova. L'adaptació a la nova plataforma, requeriria del temps necessari per a la seua implantació, formació als usuaris i migració dels continguts. Donada la complexitat d'aquest procés i les implicacions que comporta, podríem estimar una duració mínima d'un any i un cost extra de **700.000,00 €**.

-Integracions.- És important destacar l'altíssim nivell d'integració de la plataforma actual amb altres aplicacions estratègiques de les Entitats Locals (comptabilitat, padró d'habitants) i de la mateixa Diputació (contractació, gestió tributària, formació, subvencions, teleajuda, signatura biomètrica VidSigner), així com amb les eines que proporciona l'Administració General de l'Estat (SIA, Inside, Cl@ve, SIR, FACe, DEHú, Representa, Apodera, Tauló Edictal Únic, Direcció General del Cadastre, Plataforma de Contractació del Sector Públic).

-Difusió.- Com que un dels actors principals en tota plataforma d'administració electrònica són els ciutadans, s'hauria de realitzar de nou un esforç econòmic important de difusió de la nova plataforma. Per aportar alguna referència econòmica, l'última campanya informativa a través de cartelleria i tríptics informatius va ascendir a **2.500 €**.

-Rebuig.- La posada en marxa d'una nova plataforma suposaria per als empleats públics (**3.479**) un esforç afegit en matèria de formació per part seua, la qual cosa unit a la gran càrrega de treball que cada dia suporten les entitats locals, la poca capacitat d'augmentar de manera proporcional en recursos humans, així com l'alt percentatge d'envelliment d'aquests, podria comportar un rebuig important, que provocaria seriosos problemes en la gestió municipal, tant interna com de relació amb el ciutadà. Aspecte que fins i tot podria implicar greus conseqüències derivades de l'incompliment normatiu, pel possible retard en el compliment dels terminis establits normativament, gestió de les notificacions, etc.

CONCLUSIÓ

Vist l'anterior, es considera que per raons tècniques, econòmiques i estratègiques s'hauria de continuar amb la plataforma d'administració electrònica denominada Gestiona i, a la finalització de l'actual contracte, realitzar un procediment negociat sense publicitat a fi de garantir la continuïtat d'aquesta.

Les raons adduïdes són econòmiques, estratègiques i de raons tècniques. Les dues primeres no tenen cap fonamentació en la LCSP i quant a les raons tècniques no queda acreditat que només un únic empresari



puga executar l'objecte del contracte.

CONCLUSIÓ

La qüestió no radica en el producte, servei o obra objecte de contractació, sinó a justificar que el contracte només pot adjudicar-se a un sol operador econòmic. És a dir, només un empresari pot executar el contracte, la qual cosa caldrà justificar en l'expedient, recaient la càrrega de la prova en l'òrgan de contractació.

El present Informe s'emet 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 al criteri de la Junta o apartant-se d'aquest, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

VIST I PLAU EL PRESIDENT
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 12 de maig de 2023