



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 17 de desembre de 2008

Informe 4/2008, de 17 de desembre. Prohibicions de contractar. Aplicabilitat de l'article 49.1 f de la Llei de contractes del sector públic

Antecedents

1. El director de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“En atenció al que s'exposa en l'escrit de l'advocat cap de l'Àrea Consultiva d'aquesta Advocacia de la CAIB, sol·licit que aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, emeti dictamen pel qual es pronunciï sobre les qüestions següents:

- 1. Sobre si l'article 49.1.f) de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic, que regula la prohibició de contractar amb el sector públic per motius d'incompatibilitat o contradicció d'interessos resulta aplicable, en la seva condició de bàsic, a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears així com als ens locals.*
- 2. En el seu cas, si se determina l'aplicabilitat del precepte esmentat a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, se n'hauria de concretar l'abast per determinar, en particular, si el contingut de la prohibició de contractar es projecta només enfront de l'Administració de la Comunitat Autònoma o si també s'ha d'aplicar als ens públics instrumentals que en depenen o hi estan vinculats i, fins i tot, als consorcis en què aquesta participi.*

S'adjunta, a aquesta sol·licitud, la documentació tramesa en el seu moment (que inclou l'informe jurídic) per la Conselleria d'Esports i Joventut, Direcció General de Joventut.”

2. El director de l'Advocacia està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.



D'acord amb l'article 16.3 del Reglament, a l'escrit s'adjunta l'informe jurídic emès pel cap de l'Àrea Consultiva de l'Advocacia, com també un informe emès pel Servei Jurídic de la Conselleria d'Esports i Joventut. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions: la primera, relativa a l'aplicabilitat de l'article 49.1 f de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, com també als ens locals, i, la segona, en el cas que es determini l'aplicabilitat del precepte a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la concreció del seu abast per determinar si és aplicable també als ens públics instrumentals que en depenen o hi estan vinculats i, fins i tot, als consorcis en què aquesta participi.

L'origen d'aquesta consulta és la sol·licitud, per part del director general de Joventut, a l'Advocacia de la Comunitat Autònoma, d'un informe sobre l'aplicació al cònjuge d'una directora general del Govern de les Illes Balears de l'article 20 e del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP) i la Llei 2/1996, de 19 de novembre, d'incompatibilitats de membres del Govern i dels alts càrrecs de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

2. El motiu de la consulta és la modificació de la redacció de les prohibicions de contractar en la nova LCSP que incorpora al dret nacional el contingut de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, i que ha substituït el TRLCAP.

L'article 20 e del TRLCAP disposava que:

En cap cas poden contractar amb l'Administració les persones en qui concorri alguna de les circumstàncies següents: (...)

e) Que la persona física o els administradors de la persona jurídica estiguin inclosos en algun dels supòsits de la Llei 12/1995, d'11 de maig, d'incompatibilitats dels membres del Govern de la nació i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o que es tracti de qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que estableix la mateixa Llei.



La prohibició també afecta els cònjuges, les persones vinculades amb una relació anàloga de convivència afectiva i els descendents de les persones a què es refereix el paràgraf anterior, sempre que, respecte dels últims, aquestes persones en tinguin la representació legal.

Les disposicions a què es refereix aquest apartat són aplicables a les comunitats autònomes i a les entitats locals en els termes que els siguin aplicables respectivament.

En canvi, l'article 49.1 f de la LCSP disposa que:

No poden contractar amb el sector públic les persones en què es doni alguna de les circumstàncies següents: (...)

f) Que la persona física o els administradors de la persona jurídica estiguin incursos en algun dels supòsits de la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat; de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o que es tracti de qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que s'hi estableixen.

La prohibició inclou les persones jurídiques en el capital de les quals participin, en els termes i quanties establertes a la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs de qualsevol Administració pública, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

La prohibició també s'estén, en els dos casos, als cònjuges, persones vinculades amb una relació anàloga de convivència afectiva i descendents de les persones a què es refereixen els paràgrafs anteriors, sempre que, respecte dels últims, les persones esmentades en tinguin la representació legal.

Aquest precepte recull, a grans trets, el contingut de l'article 20 e del TRLCAP, un article derogat per la LCSP, però no reproduïx el darrer paràgraf segons el qual s'estén la seva aplicació a les comunitats autònomes i a les entitats locals. No obstant això, el segon paràgraf, relatiu a les persones jurídiques, deixa entreveure l'abast respecte de les comunitats autònomes i els ens locals, ja que es refereix a "qualsevol Administració pública", si bé aquesta citació no resol la consulta plantejada.

Així doncs, la redacció d'aquesta prohibició de contractar en la LCSP no estableix expressament l'aplicabilitat a les comunitats autònomes i als ens locals i, en conseqüència, aquesta omissió planteja el dubte de si és aplicable o no a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i als ens locals del seu territori. Per resoldre aquesta qüestió és necessari delimitar l'àmbit d'aplicació subjectiva de la LCSP.



3. La LCSP incorpora al dret nacional el contingut de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

La Directiva 2004/18/CE estableix, en el considerant segon de l'exposició de motius, que l'adjudicació dels contractes està supeditada a l'acatament dels principis del tractat i, en particular, als principis de lliure circulació de mercaderies, llibertat d'establiment i lliure prestació de serveis, com també als principis que deriven d'aquestes llibertats, com són els principis d'igualtat de tracte, el principi de no-discriminació, el principi de reconeixement mutu, el principi de proporcionalitat i el principi de transparència. El considerant trenta-nou disposa que la verificació de l'aptitud i la selecció dels licitadors s'han de fer en condicions de transparència.

L'article 2 de la Directiva estableix l'obligació dels poders adjudicadors de donar als operadors econòmics un tractament igualitari i no discriminatori, i d'actuar amb transparència.

La LCSP incorpora aquests principis en l'article 1 i disposa que:

Aquesta Llei té per objecte regular la contractació del sector públic, a fi de garantir que s'ajusta als principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats (...).

Una de les manifestacions d'aquest principi és la verificació de l'aptitud dels licitadors, no sols des d'un punt de vista econòmic i tècnic, sinó també personal, de manera que per poder contractar amb el sector públic els licitadors no han d'estar incursos en cap prohibició per contractar, és a dir, no hi poden concórrer les circumstàncies objectives i subjectives que assenyala la Llei.

L'article 44 de la Directiva estableix que l'adjudicació dels contractes s'ha de fer amb la verificació prèvia de l'aptitud dels operadors econòmics que no hagin estat exclosos a partir de la situació personal del candidat o licitador, en els termes que s'exposen, en els criteris de selecció qualitativa, en l'article 45, que enuncia les causes d'exclusió d'un candidat o licitador de la participació en un contracte públic. Aquest precepte faculta els estats membres a precisar, d'acord amb el seu dret nacional i respectant el dret comunitari, les condicions d'aplicació d'aquests supòsits.

4. L'exposició de motius de la LCSP assenyala que una de les novetats de la nova



Llei és precisament la delimitació del seu àmbit d'aplicació, i disposa que:

A fi d'ajustar l'àmbit d'aplicació de la Llei al de les directives comunitàries, com també per no deixar entitats del sector públic exemptes de regulació, la delimitació dels ens subjectes es realitza en termes molt amplis. A aquests efectes, l'article 3.1 enumera a les lletres a) a g) les entitats que, d'acord amb una determinació de política legislativa interna i autònoma, es considera convenient que, en tot cas, se subjectin a la legislació de contractes públics; aquesta llista (...) està formulada en termes extremadament amplis. Per assegurar el tancament del sistema, la lletra h) d'aquest apartat –que funciona com a clàusula residual i reproduceix literalment la definició d'«organisme públic» de la Directiva 2004/18/CE, com a poder adjudicador que hi està sotmès– garanteix que, en qualsevol cas, l'àmbit d'aplicació de la Llei s'estengui a qualsevol organisme o entitat que, d'acord amb la norma comunitària, hagi d'estar sotmès a les seves prescripcions.

L'article 3 delimita l'àmbit subjectiu de la LCSP i en les entitats del sector públic distingeix tres categories distintes d'ens i, en conseqüència, tres nivells de subjecció a les normes reguladores de la contractació administrativa. Aquestes categories són:

- Administracions públiques (art. 3.2).
- Ens del sector públic que, sense tenir el caràcter d'Administració pública, estan subjectes a la Directiva 2004/18/CE (art. 3.3, que inclou els poders adjudicadors no Administració pública).
- Ens del sector públic que no són Administració pública ni estan sotmesos a la Directiva (art. 3.1).

Així doncs, segons la definició d'Administració pública que s'inclou en l'article 3.2 de la LCSP, tant la Comunitat Autònoma de les Illes Balears com els ens locals tenen la consideració d'Administració pública.

5. Pel que fa a l'àmbit d'aplicació de la LCSP, l'article 2.3 disposa que:

L'aplicació d'aquesta Llei als contractes que formalitzin les comunitats autònomes i les entitats que integren l'Administració local, o els organismes que en depenen, així com els contractes subvencionats per qualsevol d'aquestes entitats, s'ha de fer en els termes que preveu la disposició final setena.

D'acord amb la disposició final setena de la LCSP, l'article 49.1 *f* té caràcter bàsic i, en conseqüència, és d'aplicació general a totes les administracions públiques i organismes i entitats que en depenen, és a dir, és d'aplicació a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i als ens locals de les Illes Balears.



Cal recordar també que l'article 1.1 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears disposa que:

Els contractes que subscrigui l'Administració pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears s'han d'ajustar a les prescripcions de la legislació de l'Estat, amb les adaptacions derivades d'aquest Decret.

6. L'article 49 regula les prohibicions de contractar i s'insereix en la subsecció 3a de la Secció 1a "Aptitud per contractar amb el sector públic", en el capítol dedicat a la capacitat i solvència de l'empresari.

Aquest capítol s'inicia amb l'article 43, relatiu a les condicions d'aptitud, i disposa que:

1. Només poden contractar amb el sector públic les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres, que tinguin plena capacitat d'obrar, no estiguin incurses en cap prohibició de contractar i acreditin la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional o, en els casos en què ho exigeixi aquesta Llei, estiguin degudament classificades.

Així doncs, la Llei exigeix que les persones que volen contractar amb el sector públic no estiguin incurses en cap prohibició de contractar.

L'article 49 conté tres apartats, dels quals s'han de destacar els dos primers. El primer apartat enumera les causes generals de prohibició de contractar amb tot el sector públic, mentre que l'apartat segon afegeix noves causes específiques de prohibició de contractar aplicables únicament quan s'ha de contractar amb les administracions públiques.

La prohibició de contractar per motius d'incompatibilitat o de contradicció d'interessos es troba en l'article 49.1 f, i, per tant, és una prohibició de contractar amb tots els ens del sector públic que s'inclouen en l'article 3.1 de la Llei, i no únicament amb les administracions públiques.

Així es dedueix clarament de l'enunciat dels articles 43 i 49.1 de la LCSP, i de la Directiva comunitària 2004/18/CE de 31 de març de 2004.

Conclusió

L'article 49.1 f de la LCSP, que regula la prohibició de contractar amb el sector públic per motius d'incompatibilitat o de contradicció d'interessos, és aplicable a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i als ens locals de les Illes Balears, com



també als ens públics instrumentals que en depenen o hi estan vinculats i als consorcis en què participin.