



Informe 12/2013, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Condición especial de incompatibilidad prevista en el artículo 56.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, consistente en haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, si esta participación puede provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado respecto del resto de las empresas licitadoras

ANTECEDENTES

I. El secretario general del Departamento de Empresa y Ocupación ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre una posible falta de concurrencia de la condición especial de compatibilidad prevista en el artículo 56.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

II. El escrito de consulta adjunta, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de la Comisión Permanente de esta Junta Consultiva, el informe emitido por la Asesoría Jurídica del Departamento, en el cual se concreta la consulta, indicando que, ante la posibilidad de que se inicie un procedimiento de contratación para encargar un estudio o informe en materia turística, se plantea la duda de si los miembros de la Mesa del Turismo de Cataluña –órgano colegiado, permanente, consultivo, de colaboración y asesoramiento del consejero o consejera del departamento competente en materia de turismo, creado por Decreto 420/2011, de 20 de diciembre–, que según se indica son los mayores especialistas en la materia, podrían ser adjudicatarios del mencionado contrato.

Literalmente, el informe formula la consulta en los siguientes términos:

En caso de que fuera necesario encargar la elaboración de un estudio o trabajo externo, mediante el correspondiente expediente de contratación, si éste se podría adjudicar a uno de los miembros de la Mesa de Turismo, visto lo que dispone, por una parte, el artículo 56.1 del mismo Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece que no pueden concurrir a las licitaciones aquellas empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, siempre que esta participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado respecto del resto de empresas licitadoras.

Por otra parte, entendemos que la mencionada adjudicación infringiría el propio artículo 11 del Decreto de creación de la Mesa de Turismo, que establece la imposibilidad de no abonar ninguna retribución a los miembros de la Mesa por ejercer sus funciones de asesoramiento.



III. El artículo 4.1 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, a los departamentos de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los correspondientes informes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Con carácter previo al análisis de la consulta hay que señalar que, dadas las competencias de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como órgano consultivo específico en materia de contratación pública, circunscritas al análisis e interpretación de las cuestiones que se planteen en esta materia, la respuesta a esta consulta se limitará a la primera cuestión planteada, relativa a la condición especial de compatibilidad prevista en el artículo 56 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, TRLCSP), sin entrar a valorar la eventual contravención de la normativa específica reguladora de la Mesa del Turismo de Cataluña.

En este sentido, únicamente conviene tener en cuenta, con el fin de contextualizar mínimamente el supuesto de hecho de la consulta que se plantea, que este órgano se creó por el Decreto 420/2011, de 20 de diciembre, de creación de la Mesa del Turismo de Cataluña, como órgano colegiado, permanente, consultivo, de colaboración y asesoramiento del consejero o consejera del departamento competente en materia de turismo; que tiene por objetivo devenir una plataforma de participación que facilite la interacción entre los agentes públicos y privados con incidencia en el sector turístico (artículo 1); y que se adscribe al departamento competente en materia de turismo, el cual le da apoyo administrativo y logístico (artículo 4).

De acuerdo con este Decreto, las funciones de la Mesa del Turismo de Cataluña son, entre otras, cooperar en la definición y ejecución de las políticas turísticas; emitir los informes que le sean encomendados por el consejero o consejera; y proponer líneas prioritarias de análisis, investigación e innovación en el ámbito turístico e iniciativas, y las actuaciones en materia turística que considere adecuadas para la ordenación, programación, planificación, estrategia, calidad e inteligencia en el ámbito del turismo en Cataluña (artículo 2).

Asimismo, este Decreto dispone que los órganos de la Mesa del Turismo son el Consejo – presidido por el director o directora general de Turismo– y las comisiones sectoriales de Ordenación, de Programación, de Conocimiento y Estrategia, y de Calidad e Innovación – presididas por representantes del sector empresarial turístico o del ámbito profesional y académico con experiencia contrastada en el ámbito turístico, que son vocales natos del Consejo–, sin perjuicio que puedan modificarse y se puedan crear nuevas; y que el Consejo tiene, entre otras funciones, la de asesorar en materia de ordenación, programación, planificación, estrategia, calidad e inteligencia en el ámbito del turismo en Cataluña (artículos 5, 6 y 7).



Una vez contextualizado el escenario de la consulta, procede analizar, con carácter general, la condición especial de compatibilidad prevista en la normativa de contratos del sector público, sin entrar a valorar la conveniencia de la decisión de la contratación que origina la cuestión planteada, vista la existencia y las funciones de la Mesa del Turismo de Cataluña – y, especialmente, la relativa al asesoramiento en diversas materias en el ámbito del turismo en Cataluña, atribuida al Consejo de este órgano consultivo–, así como la probabilidad que parece desprenderse del escrito de consulta de que esta contratación se acabe llevando a cabo con alguno de sus miembros.

II. El artículo 56 del TRLCSP dispone en su apartado primero que "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 hayan 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".

De acuerdo con este precepto, por lo tanto, las circunstancias o condiciones para que se dé la incompatibilidad derivada de la condición especial que prevé son dos: por una parte, la participación de una empresa en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de un contrato y, por otra parte, que de esta participación se derive una restricción de la concurrencia o un trato privilegiado a la empresa participante. Sin duda, hay que constatar ya ahora que la condición especial de compatibilidad recogida en este precepto responde a la necesidad de salvaguardar el pleno respecto de los principios, derivados del derecho comunitario de contratación pública, de libre concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Este supuesto de incompatibilidad se recogía, en unos términos similares, en el artículo 52.3 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (de ahora en adelante, TRLCAP)¹, el cual establecía que "en los contratos sometidos a esta Ley, no pueden concurrir a las licitaciones empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a estos contratos siempre que la participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato de privilegio con respecto al resto de las empresas licitadoras"².

¹ La ubicación sistemática de esta previsión sí que se ha visto modificada –ya con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contactos del Sector Público, mantenida ahora en el TRLCSP– respecto de la normativa anterior, dado que mientras en el TRLCAP se encontraba con la regulación de los pliegos y de las especificaciones técnicas de los contratos, actualmente se encuentra recogida en la sección relativa a la aptitud para contratar con el sector público.

² La redacción originaria de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), contenía la imposibilidad de que las empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas relativas a un contrato pudieran concurrir, sin prever la condición de que esta participación pudiera provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer



Así, la diferencia de la regulación actual con la anterior radica, al margen de la referencia al procedimiento de diálogo competitivo³ –que era un procedimiento no previsto en el TRLCAP–, en el hecho de que la incompatibilidad se ha extendido no sólo a la participación en la elaboración de las especificaciones técnicas, sino también a la participación en la elaboración de los documentos preparatorios de los contratos.

Por lo tanto, de acuerdo con la literalidad del artículo 56.1 del TRLCSP, y a diferencia de lo que sucedía con el TRLCAP, la participación a que alude engloba la elaboración de todos los documentos preparatorios del contrato que integran el expediente, tal como, por ejemplo, el propio informe justificativo de la contratación⁴. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha hecho patente esta extensión en las resoluciones nº. 139/2012, de 28 de junio, y 105/2013, de 14 de marzo, en las cuales afirma, además, que esta participación en la elaboración de los documentos puede darse "de forma directa o indirecta"⁵.

Con respecto a la segunda circunstancia que tiene que concurrir para que se dé el supuesto de incompatibilidad, relativa al hecho de que la participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras, ésta tiene como objetivo prevenir posibles vulneraciones a los principios aplicables a la contratación pública, derivados del derecho comunitario y a los cuales ya se ha aludido, en los dos momentos en que éstas se pueden dar: por una parte, en el momento de acceso a la licitación –es decir, de permitir la participación de las empresas con aptitud

un trato de privilegio con respecto al resto de las empresas licitadoras –esta última condición fue introducida en la modificación de la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

³ La exclusión de la incompatibilidad en los contratos adjudicados por este procedimiento obedece al hecho de que el diálogo competitivo se caracteriza por ser un procedimiento en que, por definición, las empresas participan en la preparación de los contratos, dado que desarrollan la solución o las soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades del órgano de contratación, que servirán de base para la presentación de ofertas.

⁴ De acuerdo con el artículo 22 del TRLCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, los entes, organismos y entidades del sector público sólo pueden suscribir los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales y, a este efecto, tienen que determinar con precisión, antes de iniciar el procedimiento de contratación y dejando constancia en la documentación preparatoria, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

⁵ En este sentido, en la Resolución nº. 139/2012, el TACRC desestima el recurso interpuesto por una empresa licitadora contra su exclusión de un procedimiento de contratación por incurrir en este supuesto especial de incompatibilidad, habiendo participado esta empresa, no en la elaboración de los pliegos o la documentación preparatoria de la licitación de la que se le excluye, sino en la elaboración de los pliegos de una licitación anterior, por el hecho de que el contenido del documento elaborado para la anterior licitación determinaba la prestación, aparte del contrato anterior, también del contrato de la licitación del cual se le excluye. Por lo tanto, el TACRC entiende que esta empresa participó de manera indirecta en la elaboración de los pliegos y documentos preparatorios y procedía su exclusión de la licitación.



para contratar con el sector público e interesadas en el procedimiento— y, por otra parte, en el momento de acceso al contrato en sí —es decir, de hacer posible que se resulte adjudicatario y competir en posición de igualdad respecto del resto de empresas que participan en la licitación.

Por otra parte, esta previsión imposibilita concurrir a las empresas a licitaciones sólo por el hecho que su participación en la elaboración de los documentos que menciona comporte la posibilidad de provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado y, por lo tanto, sin que sea necesario constatar que esta restricción o trato privilegiado se produce realmente o se produciría con cierta seguridad. Así, vista la literalidad de este precepto —y, en concreto, la utilización de las expresiones "no podrán concurrir (...) siempre que dicha participación pueda provocar (...) o suponer (...)"—, como también la importancia del principios de libre concurrencia, igualdad de trato, no discriminación y transparencia que tiene como finalidad salvaguardar, hay que interpretar de manera restrictiva la opción de permitir que las empresas que hayan participado en la elaboración de los documentos que rigen una determinada licitación puedan acceder a la misma por considerar, no obstante dicha participación, que cumplen con la condición especial de compatibilidad.

Por lo tanto, se considera adecuado entender que se da esta segunda circunstancia y, por lo tanto, la incompatibilidad especial prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP, si se da el más mínimo indicio de que la participación pueda provocar restricciones a la concurrencia o suponer un trato privilegiado y, en definitiva, atentar contra los principios aplicables a la contratación pública mencionados. Dicho en otras palabras, sólo se podría considerar que concurre la causa de compatibilidad especial a que nos referimos, en una empresa que haya participado en la preparación de una licitación, si se puede descartar de manera rotunda la posibilidad de que esta participación pudiera tener como efecto restringir la concurrencia en aquella licitación o situar a la empresa en una posición de ventaja competitiva respecto del resto de empresas licitadoras⁶.

III. De acuerdo con lo señalado en el informe que acompaña al escrito de consulta, parece entenderse que la duda sobre la eventual incompatibilidad de los miembros de la Mesa del Turismo de Cataluña surge con anterioridad al posible inicio de un expediente de contratación y, por lo tanto, antes que se haya podido dar la participación que constituye el supuesto de hecho de la incompatibilidad prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP.

⁶ Respecto de este requisito el TACRC ha manifestado, en la Resolución nº. 139/2012, de 28 de junio, mencionada, que "la redacción del precepto pone de manifiesto que su objeto no es sino prevenir un posible trato privilegiado que derive de la participación en la elaboración de los documentos preparatorios del contrato (...) con lo cual se previene del hecho de que la participación pueda colocar a alguno de los licitadores en posición de ventaja respecto de los otros por conocer de forma previa o con mayor detalle los detalles de la prestación "y "que se trata de evitar una situación difícilmente compatible con los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia "y eso incluso en el caso de que "en el órgano de contratación no exista ninguna premeditación en cuanto a la determinación de la persona del adjudicatario".



En este sentido, hay que señalar que –a diferencia de lo que sucede con el artículo 60.1.f del TRLCSP, que establece las prohibiciones de contratar con el sector público por causas de conflicto de intereses o incompatibilidad–, el artículo 56.1 del TRLCSP no configura la incompatibilidad especial que prevé como una consecuencia derivada de la concurrencia de determinadas condiciones en los empresarios o administradores de las empresas –como hace el artículo 60.1.f mencionado, que hace referencia al hecho que sean miembros del Gobierno, altos cargo de la Administración, personal al servicio de las administraciones públicas, etc. –, sino que la configura como una consecuencia derivada de la actuación de estas personas respecto de una licitación concreta. Por lo tanto, la condición de ser miembro de la Mesa del Turismo de Cataluña no comportaría, *per se*, la concurrencia del supuesto de incompatibilidad previsto en el artículo 56.1 del TRLCSP.

En cambio, sí que se habría podido dar la participación que constituye el supuesto de hecho de esta incompatibilidad, si se hubieran iniciado los trabajos preparatorios de la contratación, tales como la detección y determinación de las necesidades que pretenderían cubrirse con el "estudio o informe externo en materia turística" que se plantea contratar, las cuales conformarían el contenido del informe justificativo de la contratación a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP, ya mencionado.

En este caso, de acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente, la condición especial de compatibilidad, tanto de los miembros de la Mesa del Turismo de Cataluña como del resto de eventuales participantes en la licitación, requeriría la falta de participación, directa o indirecta, en estos trabajos y documentos preparatorios de la contratación, así como en la elaboración de los pliegos correspondientes. Ciertamente, si esta participación se produjera, de acuerdo con lo que ya se ha señalado, sólo se podría considerar que concurre esta condición especial de compatibilidad si se constatará que esta participación no podría provocar en ningún caso restricciones a la libre concurrencia, ni suponer un trato privilegiado respecto del resto de empresas.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. La condición especial de compatibilidad prevista en el artículo 56.1 del TRLCSP viene determinada por la actuación de las empresas respecto de un expediente de contratación concreto, y no por la pertenencia a un órgano o por otras condiciones que concurren en éstas.
2. La incompatibilidad a que puede dar lugar este precepto se circunscribe a las licitaciones en que hayan participado, directa o indirectamente, en la elaboración de la documentación técnica y preparatoria que servirá base, incluida la determinación de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.



3. La participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de un contrato únicamente no implica esta incompatibilidad, si se constata que en ningún caso puede provocar restricciones a la concurrencia en el acceso al procedimiento de contratación, ni situar a las empresas afectadas en una posición de ventaja respecto del resto de empresas licitadoras durante el procedimiento.

Barcelona, 26 de julio de 2013