



EXPTE: 30/2024

Doña Socorro López García, Secretaria del Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana, del que es Alcalde Presidente Don Juan Carlos Bueno Martín

Certifico:

Que el Pleno de este Ayuntamiento, en sesión extraordinaria celebrada el día 11 de junio de 2024, con asistencia de cuatro, de los siete miembros que de derecho la componen, adoptó el siguiente acuerdo:

Informado el Señor Alcalde por el sistema automatizado de la Plataforma de Contratación del Estado, de la presentación de una oferta a la licitación de la obra INSTALACIÓN DE AUTOCONSUMO EN EDIFICIOS MUNICIPALES por parte de la empresa ASTEGENER S.L., quien a su vez tiene un contrato de servicio de asistencia técnica para la gestión de la subvención por la que se financia la mencionada obra, y vista la posibilidad de que existe incompatibilidad se solicita informe de la Secretaría.

Con fecha 9 de junio de 2024 se emite informe de Secretaría que dice literalmente:

De acuerdo con lo ordenado por la Alcaldía, mediante Providencia de fecha 9 de junio de 2024 y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.3.a) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, emito el siguiente,

INFORME

PRIMERO. *Se trata de saber si existe compatibilidad de la empresa ASTEGENER S.L. para presentar una oferta en la licitación de la obra INSTALACIONES DE AUTOCONSUMO EN EDIFICIOS MUNICIPALES EN MANGANESES DE LA LAMPREANA, subvencionada con fondos del programa europeo DUS5000, cuando dicha empresa es adjudicataria de la Tramitación, Gestión y Justificación de las ayudas concedidas dentro del programa DUS500 del Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana.*

SEGUNDO. *La Legislación aplicable viene determinada por:*

- *El artículo 70 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.*
- *El artículo 41 Directiva 2014/24/UE de 26 Febrero, sobre contratación pública.*

TERCERO. *La jurisprudencia estudiada:*

- *Resolución 1254/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

ANTECEDENTES

PRIMERO.- *Con fecha 2 de agosto de 2023 se firma un contrato entre ASTEGENER S.L. y el Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana para la Tramitación, Gestión y Justificación de las ayudas concedidas dentro del programa DUS5000 del Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana.*





SEGUNDO.- *Tras confirmar por parte del IDAE la concesión de la subvención solicitada se procede a tramitar la licitación de la obra, mediante la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, estando actualmente en plazo para presentar ofertas los licitadores interesados. El plazo finaliza el día 13 de junio de 2024.*

TERCERO. - *El día 6 de junio de 2024 por ASTEGENER S.L. se presenta una oferta como licitador, según informa los servicios automatizados de la PLACE.*

CUARTO.- *Ante tal circunstancia el señor Alcalde, informado por esta Secretaría de una posible incompatibilidad, solicita informe.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *El artículo 70 de la LCSP establece:*

"1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

En todo caso, antes de proceder a la exclusión del candidato o licitador que participó en la preparación del contrato, deberá dársele audiencia para que justifique que su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336.

2. Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior".

Es preciso, en primer lugar, determinar ante que supuesto de los contemplados en el artículo 70 de la LCSP nos encontramos. Si el órgano de contratación entiende que debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 70.2 de la LCSP, basándose en que la empresa ASTEGENER S.L. adjudicataria del contrato "Servicio de Asistencia Técnica Tramitación, Gestión y Justificación de las ayudas concedidas dentro del programa DUS5000 del Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana, cuyo objeto es:

- Asistencia técnica y elaboración de documentación para realizar el seguimiento de la ejecución de actuaciones derivadas de la subvención o ayuda concedida.*
- Utilización del sistema de información integrado (COFFEE).*
- Utilización del sistema de análisis de riesgos de conflicto de intereses (MINERVA).*





- Asistencia técnica en el seguimiento y ejecución del PRTR, mediante la documentación acreditativa de las actuaciones ejecutadas dentro del sistema COFFEE.

- Cualquier otra acción enmarcada en el objetivo principal de la actividad subvencionada.

Por otro lado el objeto del procedimiento de licitación actual, al que la empresa ASTEGENER S.L. se ha presentado es la realización de la obra **INSTALACIONES DE AUTOCONSUMO EN EDIFICIOS MUNICIPALES EN MANGANESES DE LA LAMPREANA**, subvencionada con fondos del programa europeo DUS5000.

El artículo 70.2 de la LCSP es taxativo al prohibir la concurrencia de un mismo adjudicatario en los "contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección" con el contrato objeto de estas. En el caso que nos ocupa, ASTEGENER, S.L. desarrolla funciones de asesoramiento e informe, pero no de supervisión o control, ni en cualquier caso referidas al contrato de obra, sino a la subvención de los fondos.

Desechada la aplicación del artículo 70.2 de la LCSP queda por dilucidar si sería aplicable lo dispuesto por el artículo 70.1. El precepto referido incluye, en su presupuesto de hecho, tanto a las empresas que hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación como a las que "hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato (...)". Esta previsión debe, a juicio de esta Secretaría interpretarse en sentido amplio, de acuerdo con lo previsto por el artículo 41 de la Directiva 2014/24, cuyo primer párrafo dice:

"Cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia".

Una interpretación de la finalidad de los preceptos reseñados nos lleva a concluir que su mandato va dirigido a prevenir el falseamiento de la competencia, ya sea en el procedimiento actual o en los futuros sobre los que este ejerza una influencia determinante. De lo expuesto hasta ahora se deduce que el objeto del contrato de Servicios de Asesoramiento y elaboración de documentación para solicitar la subvención de los fondos europeos, puede tener una influencia determinante en la futura elaboración de un proyecto que servirá de base para la ejecución de la obra. Esta sola expectativa permite sostener una intervención de esta en el procedimiento de contratación potencialmente lesiva de la competencia, por lo que cabe concluir que es aplicable, en este supuesto, lo dispuesto por el artículo 70.1 de la LCSP. No cabe duda que hay una ventaja a favor de la empresa ASTEGENER sobre el resto al conocer con mas tiempo detalles de la obra que pueden influir a la hora de elaborar el presupuesto para la licitación.

La aplicación del artículo 70.1 de la LCSP no supone la automática exclusión del licitador que se encuentre en el supuesto contemplado en él; muy al contrario, tanto el referido precepto como el artículo 41 de la Directiva 2014/24 determinan que esta se acuerde "(...) cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato".

CONCLUSIÓN

PRIMERO.- A juicio de esta Secretaria no procede la aplicación del artículo 70.2 ya que el objeto del contrato de Asistencia Técnica no es el de la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución del segundo contrato (el de la ejecución de la obra)





SEGUNDO.- Existe una duda razonable, casi certeza de que hay una ventaja a favor de la empresa ASTEGENER S.L. frente al resto de licitadores, al conocer con mas detalle y mucho mas tiempo los antecedentes del proyecto de la obra, con lo cual seria de aplicación el artículo 70.1 de la LCSP, y para garantizar el principio de igualdad de trato el órgano de contratación, Pleno, deberá adoptar dos medidas:

A) Facilitar a todos los licitadores toda la información que obre en el ayuntamiento relativa al contrato de Asistencia Técnica firmado con ASTEGENER, así como toda la documentación que se utilizó para la solicitud de los fondos.

B) En segundo lugar se deberá ampliar el plazo de presentación de ofertas en diez días naturales, suficientes para que los licitadores estudien dicha documentación en igualdad de condiciones.

Dada cuenta asimismo de la solicitud de rescisión el contrato de servicios de asistencia técnica presentado a última hora por ASTEGENER S.L., se propone al Pleno:

PRIMERO.- Acordar que no procede la aplicación del artículo 70.2 ya que el objeto del contrato de Asistencia Técnica no es el de la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución del segundo contrato (el de la ejecución de la obra)

SEGUNDO.- Ante la duda razonable, casi certeza de que hay una ventaja a favor de la empresa ASTEGENER S.L. frente al resto de licitadores, al conocer con mas detalle y mucho mas tiempo los antecedentes del proyecto de la obra, y para garantizar el principio de igualdad de trato el órgano de contratación, se propone:

A) Facilitar a todos los licitadores toda la información que obre en el ayuntamiento relativa al contrato de Asistencia Técnica firmado con ASTEGENER, así como toda la documentación que se utilizó para la solicitud de los fondos.

B) Ampliar el plazo de presentación de ofertas en diez días naturales, suficientes para que los licitadores estudien dicha documentación en igualdad de condiciones.

TERCERO.- Acceder a lo solicitado por ASTEGENER y a tenor de lo dispuesto en el artículo 211 c) de la Ley de Contratos del Sector Público declarar resuelto de mutuo acuerdo el contrato de asistencia técnica firmado con la empresa ASTEGENER S.L. el día 2 de agosto de 2023 para la Tramitación, Gestión y Justificación de las ayudas concedidas dentro del programa DUS5000 del Ayuntamiento de Manganeses de la Lampreana, eximiendo a ambas partes de cualquier obligación o derecho dimanante de las actuaciones hasta ahora llevadas a cabo.

Sometida a votación la propuesta es aprobada por unanimidad de los asistentes.

Y para que conste expido la presente de orden y con el visto bueno del Señor Alcalde en Manganeses de la Lampreana a fecha de firma electrónica.

EL ALCALDE

LA SECRETARIA

