Informe 2/2018, de 20 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Extensió de la prohibició de contractar per incompatibilitat als cònjuges i persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga. Especial referència a la situació de conflicte d'interessos.

ANTECEDENTS

I. L'alcalde de l'Ajuntament de Palamós ha sol·licitat l'Informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre diverses qüestions relacionades amb la interpretació de la prohibició de contractar establerta en l'article 60.1.*g* del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, en relació amb l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar d'una societat mercantil, l'administrador de la qual podria ser cònjuge o persona vinculada amb una relació anàloga de convivència afectiva d'un funcionari de l'ajuntament respectiu, en els termes literals següents:

A. "Si hi ha matrimoni vigent, cal algun altre requisit addicional, com ara la convivència? Si fos així, en què consisteix aquesta? S'exigeix el fet de trobar-se empadronats al mateix domicili? Si hi ha separació, atès que es manté la condició de cònjuge, opera la prohibició?"

B. "La relació anàloga de convivència afectiva, en què consisteix? N'hi ha prou amb una relació afectiva? Sembla que no, que hi ha d'haver també convivència. Però aleshores, serà la simple dada de l'empadronament en el mateix domicili la que determinarà l'existència de supòsit de prohibició de contractar, de tal manera que n'hi ha prou amb provocar el funcionari o la persona amb qui es relaciona un canvi de domicili per evitar la prohibició? I si és el padró el determinant de la convivència, com s'acredita la relació afectiva? Podríem arribar a la conclusió que una parella de nuvis mentre romanguin empadronats en domicilis diferents no es veuen afectats per la prohibició i quan s'empadronen junts passen a constituir el supòsit de fet previst a la norma? Cal que la relació afectiva s'hagi manifestat prèviament de manera fefaent (notarialment) o hagi donat lloc a la inscripció com a tal en un registre públic específic?. Si la relació afectiva és notòria, poden els membres de la mesa de contractació apreciar d'ofici la seva concurrència, malgrat el licitador hagi signat un DEUC en sentit de no trobar-se afectat per aquesta causa de prohibició? En aquest cas, poden així mateix comprovar per pròpia iniciativa les dades del padró d'habitant per verificar el requisit de convivència?"

C. "Sigui com sigui, un cop acreditada la concurrència del supòsit de fet, sembla, seguint el criteri de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en el seu informe 10/2016, de 18 de maig, que caldria addicionalment acreditar l'existència d'un conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació, o els titulars dels òrgans delegats o substituts.

Gran Via, 635, 2a planta
08010 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

> Aleshores, si la situació de convivència afectiva anàloga a la del cònjuge es dona entre el funcionari que té a càrrec seu normalment la direcció del servei a contractar, la qual cosa ha comportat en licitacions anteriors la confecció de l'informe de necessitat del contracte, l'elaboració del plec de prescripcions tècniques, l'emissió dels informes tècnics a la mesa de contractació, etc., es pot considerar solucionat el conflicte d'interessos i, per tant, evitada l'aplicació de la prohibició de contractar, mitjançant la total abstenció del funcionari en qualsevol aspecte de la licitació?"

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre d'altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Abans d'analitzar les qüestions plantejades, s'ha de precisar que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, d'acord amb el que preveu el Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració d'aquesta Junta Consultiva, té el caràcter d'òrgan consultiu específic en matèria de contractació i, en exercici de la seva funció de resoldre consultes de caràcter general sobre la interpretació i l'anàlisi de les normes jurídiques en matèria de contractació pública, no pot substituir ni suplir les funcions consultives que tenen assignades altres òrgans consultius en els seus respectius àmbits de competència, tal com es recull en la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, de la Comissió Permanent.

Per tant, l'emissió d'aquest informe s'efectua sobre la base de l'anàlisi de les normes jurídiques en matèria de contractació pública, concretament, de la interpretació de l'article 60 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara endavant, TRLCSP) sobre el que se sol·licita l'informe i, atesa la seva recent entrada en vigor, també de l'article 71 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant, LCSP)[1], sense entrar a valorar les circumstàncies concretes que originen la consulta, ni tampoc altres qüestions plantejades que no facin referència a la matèria de contractació pública.

II. La consulta tramesa per l'alcalde de l'Ajuntament de Palamós fa referència a la interpretació del supòsit de fet previst en l'article 60.1.*g* del TRLCSP. Específicament, planteja que es concreti, d'una banda, quan cal entendre que una persona funcionària

[1] L'entrada en vigor general d'aquesta Llei s'ha produït el dia 9 de març de 2018 (disposició final 16ª), data en la qual ha quedat derogat el TRLCSP (disposició derogatòria).

d'un ajuntament és cònjuge o persona vinculada amb anàloga relació de convivència afectiva a l'efecte d'aquest precepte, per tal d'apreciar l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar entre l'administrador d'una societat mercantil i dit ajuntament; i de l'altra, si en el cas que s'acrediti l'eventual concurrència de la prohibició, cal addicionalment acreditar l'existència d'un conflicte d'interessos i si aquest, quan l'administrador de la societat mercantil és cònjuge o persona vinculada amb anàloga relació de convivència afectiva del funcionari que té a càrrec seu normalment la direcció del servei a contractar, es pot considerar solucionat "i, per tant, evitada l'aplicació de la prohibició de contractar, mitjançant la total abstenció del funcionari en qualsevol aspecte de la licitació".

El TRLCSP, en l'article 60, establia les circumstàncies que, en cas de concórrer, constituïen un impediment legal per poder contractar amb el sector públic. L'apartat 1.*g* d'aquest precepte, sobre el que se sol·licita informe, disposa expressament que no poden contractar amb el sector públic les persones en qui es doni la circumstància de "estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica 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, o les respectives normes de les comunitats autònomes, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o tractar-se 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 afecta les persones jurídiques en el capital de les quals participin, en els termes i quanties establerts a la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs a què es refereix el paràgraf anterior, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

La prohibició s'estén igualment, en els dos casos, als cònjuges, persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga, ascendents i descendents, així com a parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a què es refereixen els paràgrafs anteriors, quan es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer".

Per la seva banda, la LCSP estableix aquesta mateixa prohibició de contractar en idèntics termes en l'article 71.1.*g* –amb la corresponent actualització de la referència a la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici d'alt càrrec en l'àmbit estatal.

Aquesta causa de prohibició de contractar, com ja ha posat de manifest en diverses ocasions aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa[2], no conté una regulació material concreta i específica dels supòsits que inhabiliten per contractar amb el sector públic, sinó que remet a la legislació substantiva inclosa en diferents normes jurídiques, com són, pel que fa al supòsit objecte de consulta, la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques

[2] Entre d'altres, en els informes 10/2017, de 19 de desembre; 5/2017, de 16 de maig; 16/2014, de 17 de desembre; 6/2012, de 7 de juny; 9/2011, de 27 d'octubre; 13/2010, de 26 de novembre; 6/2009, de 3 de juliol; 1/2009, de 28 de maig; i 9/2000, de 24 de novembre.

(d'ara endavant, Llei 53/1984) –que té caràcter bàsic, en la seva major part– i la Llei 21/1987, de 26 de novembre, d'incompatibilitats del personal al servei de l'Administració de la Generalitat (d'ara endavant, Llei 21/1987). De les lleis esmentades, a l'efecte de la qüestió que s'analitza, s'ha de fer referència a l'article 12.1.*c* de la Llei 53/1984 i a l'article 11.*d* de la Llei 21/1987, els quals disposen que el personal inclòs en els respectius àmbits d'aplicació, en els quals s'inclou, entre d'altres, el personal al servei de les corporacions locals[3], té com a activitats privades prohibides: el desenvolupament, per si o per persones interposades, de càrrecs de tot ordre en empreses o en societats concessionàries, contractistes d'obres, serveis o subministraments, arrendatàries o administradores de monopolis o amb participació o aval del sector públic, sigui quina sigui la seva configuració jurídica. En relació amb aquest supòsit d'incompatibilitat, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 31/15, de 13 de juliol de 2017, va assenyalar que "la mera existència de la incompatibilitat genera la prohibició de contractar", ja que "la norma atén qualsevol supòsit legal d'incompatibilitat (...), sense que la referència al conflicte d'interessos pugui considerar-se aplicable a aquest supòsit".

Ara bé, com s'ha dit, l'article 71.1.*g* de la LCSP, en idèntics termes en què ho feia el TRLCSP, estableix que la prohibició de contractar per incompatibilitat s'estén al cònjuge, a la persona vinculada amb una relació anàloga de convivència afectiva i a la resta de parents que s'esmenten, sempre que "es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer", requisit aquest que va ser inclòs en la redacció de l'article 60.1.*g* del TRLCSP donada per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (d'ara endavant, Llei 40/2015).

En aquest sentit, cal matisar que l'única condició que s'exigeix en l'article 71.1.*g* de la LCSP esmentat, com també ho feia l'article 60.1.*g* del TRLCSP, per tal que operi la prohibició de contractar envers el cònjuge o la persona vinculada amb una relació anàloga de convivència afectiva –en aquest cas, d'un funcionari de l'Ajuntament–, o la resta de parents que s'esmenten en el precepte, és que s'ha de produir un conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer[4], motiu pel qual es pot considerar que si no existeix el conflicte d'interessos esmentat, no concorre la prohibició respecte d'aquestes persones.

En definitiva, tal com feia el TRLCSP, la LCSP, a fi que la prohibició de contractar per incompatibilitat es pugui fer extensiva als parents que s'esmenten en l'article 71.1.*g*,

[3] Cal tenir en compte que l'article 89 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local disposa que "el personal al servei de les entitats locals estarà integrat per funcionaris de carrera, contractats en règim de dret laboral i personal eventual que ocupa llocs de confiança o assessorament especial".

[4] Així es va indicar per aquesta Junta Consultiva en l'Informe 5/2017, de 16 de maig; la Junta Consultiva de l'Estat en l'Informe 31/15, de 13 de juliol de 2017, ja esmentat; la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana en els informes 3/2017, de 12 d'abril, i 5/2016, de 22 de juliol; i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, en l'Informe 10/2016, de 18 de maig.

Gran Via, 635, 2a planta
08010 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

exigeix, atenent la literalitat d'aquest precepte, la concurrència de dos requisits acumulatius: d'una banda, que hi hagi una relació de parentiu, ja sigui conjugal, anàloga a aquesta o de qualsevol altre tipus dels que s'estableixen en l'article i, de l'altra, que existeixi un conflicte d'interessos; que s'analitzen tot seguit.

III. L'Ajuntament de Palamós, per tal d'interpretar correctament quan concorre la prohibició de contractar per incompatibilitat esmentada, atesa l'extensió als cònjuges, persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga, ascendents i descendents, parents en segon grau per consanguinitat o afinitat, quan es produeixi conflicte d'interessos amb l'òrgan de contractació, establerta tant en l'article 60.1.*g* del TRLCSP com en l'article 71.1.*g* de la LCSP, planteja, en primer lloc, que es concreti la determinació del supòsit de ser cònjuge i, en aquest sentit, si és necessari algun altre requisit addicional per considerar que hi ha matrimoni vigent; i, en segon lloc, què cal entendre per relació anàloga de convivència afectiva.

Per donar resposta a aquestes qüestions s'ha de recordar, d'una banda, que la interpretació de les circumstàncies que determinen les causes legals de prohibició de contractar ha de ser estricta i no ha de permetre extensions analògiques, atès que es tracta de causes que restringeixen la capacitat de contractació[5]; i, d'altra banda, que les prohibicions de contractar per incompatibilitat són d'apreciació automàtica i directa per l'òrgan de contractació i que només es produeixen en relació amb l'àmbit sobre el qual aquest exerceix les funcions que té atribuïdes en l'àmbit de la seva competència[6].

L'article 72.1 de la LCSP, en el mateix sentit en què ho feia l'article 61.1 de la TRLCSP, estableix que, entre d'altres, la prohibició de contractar per incompatibilitat l'ha d'apreciar directament l'òrgan de contractació, i subsisteix mentre concorrin les circumstàncies que en cada cas les determinen. En relació amb la durada d'aquesta prohibició de contractar, cal tenir en compte que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 31/15, de 13 de juliol de 2017, ja esmentat, assenyala que "subsisteix mentre concorrin les circumstàncies que en cada cas les determinen, sent possible, per exemple, que la relació conjugal s'extingeixi, amb la qual cosa desapareixeria també la prohibició de contractar".

Així mateix, la prohibició de contractar establerta en l'article 71.1.*g* de la LCSP, en idèntics termes en què ho feia el TRLCSP, s'estén, com s'ha dit, als parents que aquest precepte esmenta si concorre conflicte d'interessos amb l'òrgan de contractació, de

[5] Així ho ha posat de manifest aquesta Junta Consultiva, entre d'altres, en els informes 16/2014, de 17 de desembre; 6/2009, de 3 de juliol; 1/2009, de 28 de maig; i 9/2000, de 24 de novembre, ja esmentats.

[6] Així ho ha manifestat en múltiples ocasions aquesta Junta Consultiva, entre d'altres, en els informes 10/2017, de 19 de desembre, i 16/2014, de 17 de desembre, ja esmentats; la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 16/2002, de 13 de juny de 2002; la Junta Regional de Contractació Administrativa de Múrcia en l'Informe 3/2009, de 18 de juny; i la Comissió Consultiva de Contractació Pública d'Andalusia en l'Informe 5/2015, de 16 de desembre, entre d'altres.

Gran Via, 635, 2a planta
08010 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

manera que, si no es dona aquesta situació de conflicte o si la relació de parentiu esmentada s'extingeix, no concorrerà la prohibició de contractar.

Pel que fa a la relació de parentiu, i tenint en compte que la necessària aplicació es limita a les causes que comporten la prohibició de contractar amb el sector públic a què ja s'ha al·ludit –sense que procedeixin aplicacions analògiques–, cal afirmar que la normativa de contractes fa referència a l'extensió de la prohibició de contractar, entre d'altres, al cònjuge de la persona incursa en incompatibilitat, sense exigir cap altre requisit addicional de convivència o similars als que al·ludeix l'escrit de consulta. Per tant, l'únic requisit addicional exigible al cònjuge d'una persona incursa en incompatibilitat, en seu de prohibicions de contractar amb el sector públic, és la concurrència d'un conflicte d'interessos amb l'òrgan de contractació.

D'altra banda, en relació amb la determinació de quan es pot considerar i quan es dona una relació anàloga de convivència afectiva, a Catalunya, cal estar a la regulació que s'estableix en la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, en l'article 234-1, en el qual es disposa que dues persones que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial es consideren parella estable, si la convivència dura més de dos anys ininterromputs, si durant la convivència, tenen un fill comú, o si formalitzen la relació en escriptura pública.

En el mateix sentit ja assenyalat, és el fet de formar una parella estable, amb independència de la notorietat de la relació, el rellevant a l'efecte de fer extensiva la prohibició de contractar establerta en l'article 71.1.*g* de la LCSP, si, tal com s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, es produeix un conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer.

IV. Finalment, l'Ajuntament planteja si, en el cas que es pugui acreditar que la persona que ocupa el càrrec d'administrador d'una empresa licitadora és cònjuge o persona vinculada amb anàloga relació de convivència afectiva de la persona funcionària que té al seu càrrec la direcció del servei a contractar, "es pot considerar solucionat el conflicte d'interessos i, per tant, evitada l'aplicació de la prohibició de contractar, mitjançant la total abstenció del funcionari en qualsevol aspecte de la licitació".

La prohibició de contractar regulada en l'article 60.1.*g* del TRLCSP i en l'article 71.1.*g* de la LCSP s'estén als cònjuges o persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva en els casos en què es produeixi un conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'hagi delegat la facultat per contractar o exerceixin la substitució del primer. Per tant, la norma exigeix que s'analitzi si existeix el conflicte d'interessos com a condició necessària perquè concorri la prohibició de contractar.

D'entrada, cal recordar que en l'Informe 9/2011, de 27 d'octubre, aquesta Junta Consultiva va assenyalar que la causa de prohibició de contractar que fa referència als règims d'incompatibilitats té com a finalitat, a més de la necessitat d'evitar conflictes d'interessos, "allunyar el risc de manca d'objectivitat en l'adjudicació dels contractes

públics, així com preservar la neutralitat, la lliure concurrència i competència, la igualtat d'oportunitats i l'objectivitat i la legalitat en l'actuació de l'administració"[7].

En el supòsit que s'analitza es tracta d'un funcionari que, segons s'assenyala en l'escrit de petició d'informe, "té a càrrec seu normalment la direcció del servei a contractar, la qual cosa ha comportat en licitacions anteriors la confecció de l'informe de necessitat del contracte, l'elaboració del plec de prescripcions tècniques, l'emissió dels informes tècnics a la mesa de contractació, etc." No es tracta, per tant, estrictament del "titular de l'òrgan de contractació" o "els titulars dels òrgans en què s'hagués delegat la facultar per contractar".

Tanmateix, cal tenir en compte que en ocasions es poden donar conflictes d'interessos no directament amb el titular de l'òrgan de contractació o amb les persones en qui hagi delegat les seves facultats, sinó amb altre personal del poder adjudicador. En aquest sentit, s'ha pronunciat la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana en l'Informe 3/2017, de 12 d'abril de 2017, en assenyalar que "pot haver-hi alguna situació en què es doni un conflicte d'interessos en el sentit descrit per la Directiva sense que, simultàniament, s'incorri en la causa de prohibició de contractar", i precisa que en aquest cas "seria suficient que l'òrgan de contractació adopti mesures o comportaments que previnguin i resolguin el conflicte de manera que resulti indubtable el respecte als principis de la contractació pública".

El conflicte d'interessos es defineix en l'article 24 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (d'ara endavant, Directiva 2014/24/UE)[8], transposat en l'article 64 de la LCSP, el qual disposa que "els òrgans de contractació han de prendre les mesures adequades per lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció, i prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que puguin sorgir en els procediments de licitació amb la finalitat d'evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors" i que "a aquests efectes, el concepte de conflicte d'interessos comprendrà, almenys, qualsevol situació en què el personal al servei de l'òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el seu resultat, tingui directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació".

[7] Així ho ha considerat també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears en l'Informe 9/08, de 31 de març.

[8] En relació amb aquest precepte, aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa va assenyalar en l'Informe 16/2014, de 17 de desembre, ja esmentat, que "s'haurà de garantir la imparcialitat en l'actuació administrativa, de manera que no existeixi aprofitament del càrrec per obtenir un contracte en detriment dels principis de concurrència i igualtat de tracte que informen la contractació pública", i que "serà necessari analitzar en cada cas si existeix aquest possible conflicte o es veu compromesa la neutralitat i la imparcialitat".

Gran Via, 635, 2a planta
08010 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

Es tracta, per tant, d'una definició de conflicte d'interessos més amplia que a la qual al·ludeix l'article 71.1.*g* de la LCSP[9]. Així, el conflicte inclou qualsevol situació en la qual "el personal al servei de l'òrgan de contractació" no només participi en el desenvolupament del procediment de licitació sinó també quan, encara que no hi participi, pugui influir en el seu resultat, en la mesura que tingui directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que pugui semblar que compromet la seva imparcialitat i independència.

En aquests casos, d'acord amb l'article 64 de la LCSP esmentat, correspon a l'òrgan de contractació adoptar "mesures adequades" per prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos[10]. En aquest sentit, en l'escrit de consulta es planteja la total abstenció del funcionari en qualsevol aspecte de la licitació com a mesura per solucionar el conflicte d'interessos.

Respecte d'aquesta qüestió, la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, en l'Informe 5/2016, de 22 de juliol, va assenyalar que "l'abstenció d'intervenir en el procediment per part del regidor o persona afectada contribuiria, sens dubte, a facilitar la solució al conflicte d'interessos descrit i, fins i tot, es pot dir que, si és el cas, s'hauria d'abstenir per constituir el seu parentiu amb un candidat al contracte un dels motius que l'obliguen a fer-ho d'acord amb el que disposa l'article 28.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú"; "però sens perjudici d'això, aquesta circumstància obliga també a qui exerceixi les facultats de l'òrgan de contractació a prevenir i solucionar els possibles conflictes d'interessos adoptant aquelles mesures que consideri més adequades per assegurar la publicitat i transparència del procediment, la igualtat de tracte i la no-discriminació dels candidats, així com qualsevol altra que faciliti la concurrència de suficients ofertes per poder seleccionar entre aquestes la que sigui econòmicament més avantatjosa".

---

[9] Així ho ha posat de manifest la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 27/15, de 6 de novembre de 2017, en el qual va assenyalar que "la participació en el procés de preparació d'un contracte, concretament en la redacció dels plecs, que és un dels elements fonamentals per a la delimitació dels candidats i de la seva valoració posterior, d'un funcionari de l'Ajuntament que és cònjuge del Director Gerent d'una de les empreses que s'han presentat a la licitació, sí que podria generar una situació de risc o de posada en dubte la transparència i objectivitat del procediment de contractació", de manera que es produiria "un risc de conflicte d'interessos per contraposició de l'interès públic i el privat, entre l'entitat pública municipal que es tracta, i el funcionari esmentat, el que podria impedir l'estricte compliment dels deures de la funció pública i comprometre la imparcialitat de l'actuació".

En el mateix sentit, el Tribunal General de la Unió Europea, en la Sentència de 28 de febrer de 2018, assumpte T-292/15, va indicar que segons la jurisprudència, "existeix un risc de conflicte d'interessos en el supòsit que s'hagi encarregat a una persona la realització de treballs preparatoris en el marc d'un procediment d'adjudicació d'un contracte públic".

[10] En la mateixa línia, el considerant 16 de la Directiva 2014/24/UE disposa que "els poders adjudicadors han d'utilitzar els mitjans que el dret nacional posi a la seva disposició amb la finalitat d'evitar que els procediments de contractació pública es vegin afectats per conflictes d'interessos".

Per la seva banda, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea es va referir al conflicte d'interessos en la Sentència de 12 de març de 2015, assumpte C-538/13, en la qual, va indicar que aquest conflicte implica "el risc què el poder adjudicador públic es deixi guiar per consideracions alienes al contracte en qüestió i es doni preferència a un licitador per aquest mer fet"; i que "el poder adjudicador està obligat, en qualsevol cas, a comprovar l'existència d'eventuals conflictes d'interessos i a adoptar les mesures adequades per prevenir, detectar i posar remei als conflictes d'interessos". Tal com va indicar el Tribunal General de la Unió Europea (d'ara endavant, TGUE), en la recent Sentència de 28 de febrer de 2018, assumpte T-292/15, l'obligació de diligència s'imposa necessàriament al poder adjudicador quan disposa d'informació relativa a un risc de conflicte d'interessos i, per tant, ha de determinar si aquest risc és real o no.

En aquest sentit, cal tenir en compte que l'existència d'un conflicte d'interessos –que exigeix acreditació suficient– no significa en cap cas l'exclusió automàtica del procediment de contractació. Així, l'article 57.4, lletra *e*, de Directiva 2014/24/UE, estableix que els poders adjudicadors poden excloure un operador econòmic de la participació d'un procediment de contractació, entre d'altres motius, "quan no es pugui resoldre per mitjans menys restrictius un conflicte d'interessos".

El TGUE, en la Sentència de 28 de febrer de 2018, assumpte T-292/15, ja esmentada, indica que cal tenir en compte que només es permet excloure un licitador d'un procediment d'adjudicació d'un contracte públic si la situació de conflicte d'interessos és real i no hipotètica, per la qual cosa "és precís que un risc de conflicte d'interessos sigui efectivament constatat, després d'una valoració en concret de l'oferta i de la situació del licitador". Així mateix, afirma que encara que el poder adjudicador no té una obligació absoluta d'excloure sistemàticament els licitadors en situació de conflicte d'interessos, l'exclusió en dit cas resulta indispensable quan no es disposa d'un remei més adequat per evitar qualsevol vulneració dels principis d'igualtat de tracte entre els licitadors i de transparència. Per tant, aquest Tribunal afirma que "tenint en compte que un conflicte d'interessos menyscaba la igualtat entre els licitadors, la decisió de no excloure un candidat sobre el qual s'ha formulat una al·legació de conflicte d'interessos només pot adoptar-se si el poder adjudicador pot tenir la certesa que el candidat no es troba en tal situació".

També cal tenir en compte que l'article 76 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, disposa que "sense perjudici de les causes d'incompatibilitat establertes per la Llei, els membres de les Corporacions locals s'hauran d'abstenir de participar en la deliberació, votació, decisió i execució de tot assumpte quan concorri alguna de les causes a què es refereix la legislació de procediment administratiu i contractes de les Administracions Públiques".

Així mateix, l'article 23 de la Llei 40/2015 estableix que les autoritats i el personal al servei de les administracions en qui es donin algunes de les circumstàncies que s'assenyalen en el seu apartat segon s'han d'abstenir d'intervenir en el procediment i ho han de comunicar al seu superior immediat, el qual ha de resoldre el que escaigui. Entre altres motius d'abstenció, la lletra *b* de l'article 23.2 de la Llei 40/2015 assenyala "tenir un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable, i el parentesc de consanguinitat dins del quart grau o d'afinitat dins del segon, amb qualsevol dels interessats, amb els

Gran Via, 635, 2a planta
08010 Barcelona
Telèfon 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

administradors d'entitats o les societats interessades i també amb els assessors, representants legals o mandataris que intervinguin en el procediment, així com compartir despatx professional o estar associat amb aquests per a l'assessorament, la representació o el mandat".

D'altra banda, si bé l'antic TRLCSP preveia, en l'article 319, la necessària abstenció i la possibilitat de recusació de les autoritats i el personal al servei de les administracions públiques que intervinguessin en els procediments de contractació en els casos i en la forma prevista en la regulació de dret administratiu comú, aquesta previsió no es troba ara expressament recollida en la LCSP. En tot cas, cal entendre-la d'aplicació, pel règim general de subsidiarietat de les normes de dret administratiu establerta en la disposició final quarta de la LCSP.

En definitiva, el conflicte d'interessos comprèn qualsevol situació en què el personal al servei de l'òrgan de contractació participi en el desenvolupament del procediment de licitació, així com quan, encara que no participi, pugui influir en el seu resultat, motiu pel qual l'òrgan de contractació ha d'adoptar les mesures que siguin necessàries per prevenir-lo, detectar-lo i solucionar-lo[11].

Per això, es pot entendre que si efectivament es neutralitza la participació del funcionari en el procediment de licitació respectiu, així com qualsevol possible influència en el seu resultat, sempre que s'asseguri el compliment dels principis rectors de la contractació pública, mitjançant, per exemple, l'abstenció de qualsevol tipus de participació en aquest procediment, el conflicte d'interessos podria veure's solucionat.

Addicionalment, convé assenyalar que, si bé en el cas que concorregués, com s'indica en l'escrit de petició d'informe, una "relació afectiva notòria", però no conjugal o anàloga, aquest fet no constituiria el supòsit previst com a prohibició de contractar en la LCSP, sí que podria ser susceptible de constituir una situació de conflicte d'interessos, la qual caldria detectar, ateses les circumstàncies concurrents, en cada cas concret i solucionar convenientment[12].

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

[11] En aquest mateix sentit, s'ha pronunciat la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, en l'Informe 3/2017, de 12 d'abril de 2017, ja esmentat, amb motiu d'una consulta referida a l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar en l'empresa titular del cònjuge d'una regidora d'un ajuntament, en el qual s'assenyala que "quan el regidor no participi en el procediment de contractació, però pugui influir d'alguna forma en les decisions que s'hi adoptin, l'empresa en què el seu cònjuge sigui titular (...) no es trobarà sotmesa a la causa de prohibició de contractar (...), però la seva participació en el procediment originaria una situació de conflicte d'interessos de les previstes en la Directiva 2014/24/UE que, si és el cas, exigeix de l'òrgan de contractació la seva detecció i l'adopció de les mesures que siguin necessàries per prevenir-la i solucionar-la de manera que s'assegurin els principis rectors de la contractació del sector públic".

[12] En aquesta línia, es pronuncia la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, en l'Informe 3/2017, de 12 d'abril de 2017, ja esmentat.

CONCLUSIONS

I. La prohibició per incompatibilitat dels funcionaris, regulada en l'article 60.1.*g* del TRLCSP i en l'article 71.1.*g* de la LCSP, s'estén, entre altres parents, als cònjuges i a les persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga, sense que es requereixi en aquest cas la concurrència d'altres requisits addicionals, com els de la convivència afectiva o la "notorietat" de la relació, sinó únicament el de concurrència de conflicte d'interessos previst expressament en la normativa de contractació pública.

II. Un conflicte d'interessos concurrent es podria solucionar atenent les concretes circumstàncies concurrents en cada cas, neutralitzant la participació de la persona funcionària en el procediment de licitació respectiu, així com qualsevol possible influència en el seu desenvolupament o resultat.

Barcelona, 20 d'abril de 2018