

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau,12 entresuelo · 46003 València
961 613 072
secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SGJSCA/mvt
Asunto: Informe 7/2024

INFORME 7/2024, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2024. EXCLUSIÓN DE LICITADOR POR INCURRIR EN PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR NO ESTAR AL CORRIENTE DE LAS OBLIGACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS. PRUEBA DE LA FIABILIDAD DEL LICITADOR. MEDIDAS CORRECTORAS O SELF-CLEANING. POSIBLE CONFLICTO DE INTERÉS. INEXISTENCIA DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

ANTECEDENTES

En fecha 3 de octubre de 2024 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Cabanes, mediante la que formula consulta del siguiente tenor literal:

“CONSULTA

En la actualidad estamos licitando por procedimiento abierto un servicio de asesoramiento jurídico-urbanístico que se encuentra en la fase de valoración del sobre B (criterios cuantificables de forma automática), al que han concurrido dos licitadores.

Tras la apertura del sobre C (documentación ponderable mediante juicio de valor) se recibió en el Registro General del Ayuntamiento una Diligencia de Embargo de Créditos de la Agencia Tributaria respecto a uno de los componentes de la UTE (que denominaremos licitador 1), por tal motivo la Mesa acordó la exclusión de la UTE, de la que formaba parte el licitador 1, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 140.4 y 71.1.d LCSP y a la vista de que la sentencia del Tribunal Supremo 1210/2020, de 28 de septiembre, dispuso que este incumplimiento no es subsanable y que estar al corriente de pago de las deudas tributarias y de la Seguridad Social constituye una condición de aptitud que debe cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato, concluyendo que debe excluirse a un licitador en caso de no estar al corriente de las obligaciones tributarias entre la presentación de la oferta y la formalización del contrato.

Señalar que este licitador 1, en el DEUC presentado, a la pregunta “El artículo 57, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE establece los siguientes motivos de exclusión: Pago de impuestos. ¿Ha incumplido el operador económico sus obligaciones relativas al pago de impuestos, en el país en el que está establecido o en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora, si no coincide con su país de establecimiento?” respondió NO.

Se notificó la exclusión al representante de la UTE y este licitador 1 ha interpuesto recurso potestativo de reposición alegando, en resumen:

- Que se excluye a una UTE sin formar y que por lo tanto nada adeuda a la Agencia Tributaria.
- Que no se ha realizado ningún trámite de audiencia previo a la exclusión lo que ha causado indefensión en el licitador.
- Que el TACRC en su Resolución 193/2019 ha efectuado un giro hacia un criterio antiformalista para favorecer la concurrencia en la licitación permitiendo que existan deudas en el periodo intermedio si la capacidad existe en los dos momentos literales que cita la LCSP.

- Que el momento en que la documentación acreditativa del hallarse al corriente de las obligaciones tributarias debe presentarse es el previsto en el artículo 150.2 LCSP y que los artículos 13 y 14 del Reglamento de la LCSP prevén que se acredite mediante certificación administrativa.

Además, el licitador 1 en su escrito ha solicitado la suspensión de la licitación y ha manifestado que el otro licitador (que denominaremos licitador 2) incurre en causa de exclusión por conflicto de intereses ya que está llevando diversos asuntos contra el Ayuntamiento de Cabanes, lo que contraviene el artículo 51 del Estatuto General de la Abogacía. Se refiere a diversos recursos contencioso-administrativos presentados contra el Ayuntamiento de Cabanes en los que el licitador 2 actúa como abogado del recurrente.

Este licitador 2, en el DEUC presentado, a la pregunta "Conflicto de intereses debido a su participación en el procedimiento de contratación. ¿Tiene el operador económico conocimiento de algún conflicto de intereses, con arreglo al Derecho nacional, el anuncio pertinente o los pliegos de la contratación, debido a su participación en el procedimiento de contratación?" respondió NO.

La Concejala Delegada en Contratación ha resuelto efectuar esta consulta, suspender la licitación en tanto se responda la consulta y se resuelva el recurso presentado a la exclusión, así como requerir a licitador 1 para que acredite que en el momento de presentar la oferta y firmar el DEUC estaba al corriente de sus obligaciones tributarias y al licitador 2 se le concede trámite de audiencia respecto al conflicto de intereses.

Las CONSULTAS planteadas son las siguientes:

1ª.- EXCLUSIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

¿Ha sido correcta la actuación por parte de la Mesa excluyendo al licitador por incumplimiento de sus obligaciones tributarias?

En caso de que no proceda la exclusión directa, indicar el procedimiento a seguir y en qué periodo debe quedar acreditado que el licitador se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias (en el momento de presentar oferta más el previsto en el artículo 150.2 LCSP o también durante todo el periodo intermedio), así como las consecuencias de haber respondido NO en el DEUC si el licitador no pudiese acreditar que dicha deuda no existía en el momento en que lo firmó y presentó la oferta, ¿procede considerar que incurre en prohibición para contratar por falsedad en la declaración responsable?

2ª.- CONFLICTO DE INTERESES

¿Cuál es el procedimiento a seguir respecto al conflicto de intereses?

Si el órgano de contratación aprecia que el licitador 2 en el momento de presentar oferta y firmar el DEUC incurría en conflicto de intereses, ¿procede considerar que incurre en prohibición para contratar por falsedad en la declaración responsable?

DECRETO

En relación con el contrato de servicio de asesoramiento jurídico-urbanístico respecto al sector Torre la Sal, la Mesa de Contratación, reunida el día 19 de septiembre de 2024, acordó excluir al licitador UTE DONAT-COLOM por los siguientes motivos: Con fecha 13 de septiembre de 2024 se ha recibido en este Ayuntamiento una Diligencia de Embargo de Créditos de la Agencia Tributaria, en la que consta que "En esta dependencia se está tramitando expediente administrativo de apremio respecto de COLOM CENTELLES JEREMIAS JOSE (deudor a la Hacienda Pública) para el cobro de sus deudas frente a la Hacienda Pública".



A este respecto el artículo 140.4 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) dispone que “las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”. La prohibición de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias está prevista en el artículo 71.1.d LCSP.

La STS 1210/2020, de 28 de septiembre, dispuso que este incumplimiento no es subsanable y que estar al corriente de pago de las deudas tributarias y de la Seguridad Social constituye una condición de aptitud que debe cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato, concluyendo que debe excluirse a un licitador en caso de no estar al corriente de las obligaciones tributarias entre la presentación de la oferta y la formalización del contrato.

En base a todo ello, la Mesa de Contratación acordó excluir al licitador UTE DONAT COLOM por incurrir uno de sus miembros en la prohibición para contratar prevista en el artículo 71.1.d LCSP, en concreto no estar al corriente de sus obligaciones tributarias.

Con fecha 25 de septiembre de 2024, D. FERNANDO DONAT PUCHE y D. JEREMÍAS JOSÉ COLOM CENTELLES han interpuesto recurso de reposición contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 19 de septiembre de 2024, solicitando la suspensión del procedimiento de licitación en tanto se resuelva este recurso. Es por ello que,

RESUELVO:

1º.- Efectuar consulta a la Junta de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana sobre la exclusión por no estar al corriente de las obligaciones tributarias y sobre el conflicto de intereses.

2º.- Suspender la licitación del contrato de servicio de asesoramiento jurídico urbanístico respecto al sector Torre la Sal (exp. 1202/24) y la resolución del recurso presentado en tanto se resuelva la consulta efectuada.

3º.- Notificar a los interesados la presente resolución y, en su momento, el cumplimiento del trámite indicado, a los efectos de su conocimiento de la fecha del alzamiento de la suspensión acordada en el apartado anterior.

4º.- Dar traslado del recurso presentado a D. MANUEL VICENTE GONZÁLEZ BONILLA, a los efectos de que en el plazo máximo de diez días hábiles manifieste lo que considere oportuno, en especial por lo que respecta al conflicto de intereses a que aluden los recurrentes.

5º.- Requerir a D. JEREMÍAS JOSÉ COLOM CENTELLES para que acredite, en el plazo de diez días hábiles, que en el momento de presentar su oferta (02/08/24) y firmó el DEUC (01/08/24) estaba al corriente de sus obligaciones tributarias.”

A la consulta se acompaña la siguiente documentación:

1.- Pliego de cláusulas administrativas particulares

2.- Acta de la Mesa de contratación del día 19 de septiembre de 2024.

3.- Recurso de reposición interpuesto por el licitador excluido contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 19 de septiembre de 2024

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, debemos hacer constar que , de conformidad con el artículo 9.6. del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, la solicitud de informe facultativo a la Junta en ningún caso suspenderá la tramitación del procedimiento que hubiese motivado la consulta.

1.- Exclusión del licitador. Prueba de la fiabilidad del licitador. Medidas correctoras o Self-cleaning.

En relación con la primera de las consultas formuladas debemos acudir a la Directiva 2014/24/UE , de contratación pública cuyo artículo 57.2 dispone

“ 2. Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del Estado miembro del poder adjudicador.

Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o por requerimiento de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.

El presente apartado dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.” (El subrayado es nuestro).

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Acuerdo de Pleno de 5 de abril de 2022 sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar manifiesta:

“ la decisión de exclusión se matiza para todos los motivos (sean de necesaria o facultativa trasposición al derecho interno) por lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva, cuando establece que el licitador podrá presentar pruebas de que las medidas por él adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente en los términos de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 de la Directiva. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación. Esta previsión tiene efecto directo y, como tal, ha de ser incorporada al Derecho interno tal y como ha señalado la Sentencia del TJUE de fecha 14 de enero de 2021.”

Y en la Resolución 908/2024 de 18 de julio de 2024 pone de relieve que:

El TJUE viene admitiendo el denominado "self cleaning", que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE permite a quienes estén incursos en un motivo de exclusión del artículo 57.4 (prohibiciones de contratar, en la LCSP) demostrar su fiabilidad. Dice, en este sentido, la STJUE de 14 de enero de 2021 (C-387/19, "RTS infra BVBA" (§ 26), "A este respecto, en primer lugar, cabe recordar que, en virtud del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, todo operador económico que haya incurrido en uno de los motivos de exclusión facultativos contemplados en el artículo 57, apartado 4, de dicha Directiva podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad, y, si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no podrá quedar excluido del procedimiento de contratación por ese motivo. Así pues, esta disposición introduce un



mecanismo de medidas correctoras (self-cleaning), al conferir a los operadores económicos un derecho que los Estados miembros deben garantizar al transponer la citada Directiva, cumpliendo las exigencias establecidas por esta [véase, por analogía, en relación con el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DO 2014, L 94, p. 1), que es equivalente al artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, la sentencia de 11 de junio de 2020, Vert Marine, C-472/19, apartados 16 y 17".

Esta posibilidad, según la Sentencia referida, puede ejercerse por el operador económico tanto por iniciativa propia como a instancia del poder adjudicador, y tanto en el momento de presentar la solicitud de participación o la oferta como una fase posterior del procedimiento."

Por su parte el artículo 140.4 de la Ley 9/2017 , de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establece que:

"las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato".

Y a mayor abundamiento permite en cualquier momento del procedimiento comprobar la ausencia de prohibición de contratar de los licitadores , así

"El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato".

De lo manifestado por el licitador en su recurso de reposición al momento de presentación de proposiciones se hallaba al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social. Por tanto, el problema de incumplimiento surge en un momento posterior. En este sentido entiende esta Junta que este hecho debería haber sido puesto de manifiesto al licitador excluido a fin de poder aplicar un mecanismo corrector, denominado por la Jurisprudencia europea self cleaning, es decir, que el licitador incurso pueda cumplir con las obligaciones de pago, un acuerdo vinculante de aplazamiento, o fraccionamiento o , acreditando la suspensión de la eficacia con ocasión de impugnación, administrativa o judicial. De manera que su situación de prohibición automática dejara de existir, lo que en términos de la Directiva 2014/24/UE citada se viene a denominar " prueba de fiabilidad".

Así lo manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Acuerdo de Pleno sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar de 5 de abril de 2022

"Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión"

De otra parte , se argumenta en el recurso de reposición que esa deuda ha sido pagada, si bien en ningún momento esta Junta tiene conocimiento mediante el correspondiente documento de pago. Ignorando también si el licitador ha aportado dicha documentación.

Por todo lo anterior entendemos que:

1º.- Debería haberse puesto de manifiesto al licitador la situación de prohibición de contratar existente

2º.- Si el licitador hubiere acreditado fehacientemente en ese momento procedimental mediante certificación o documento fehaciente del pago de la deuda o aplazamiento o fraccionamiento o suspensión de la eficacia por impugnación administrativa o judicial no debería habersele excluido.

3º.- En el caso que el licitador no hubiera presentado prueba de la fiabilidad la exclusión sería inevitable.

No se comparte la afirmación vertida, por otra parte, de la empresa recurrente que en ofertas presentadas en propuesta de UTE, sólo le afecte al integrante incurso en prohibición de contratar, por no haber suscrito el contrato de la UTE, pues la LCSP en su artículo 69.7 determina que Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.

2.- Posible conflicto de interés.

El objeto del contrato tal y como queda definido en el apartado 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares es el asesoramiento y la emisión de informes jurídicos relacionados con la ejecución de las obras de urbanización del Sector Torre La Sal y las relaciones con el agente urbanizador, con los propietarios afectados y los demás entes afectados, administraciones sectoriales y compañías. Con CPV 79140000.- servicios de asesoría e información Jurídica.

En ningún momento -aunque deducible- se exige una titulación concreta en el Pliego para optar a este contrato como licitador , si es exigible al personal del equipo .

Respecto a si puede existir conflicto de interés del art. 51 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, solamente consta su afirmación en el escrito del licitador recurrente y los procedimientos en los que el licitador ejerce la defensa .

En todo caso, corresponderá al órgano de contratación previo procedimiento detectar y prevenir el conflicto de interés, sin que esta Junta pueda manifestarse sobre el mismo.

En su caso se sugiere recabar del colegio profesional correspondiente el examen y declaración de la existencia de conflicto de interés.

Confirmada , en su caso, la existencia de conflicto de interés cabría excluir al licitador, sin que entendamos quepa de algún modo aplicar una prohibición de contratar, toda vez que la declaración responsable del art. 140 de la LCSP , ni el documento europeo único de contratación (DEUC) se refieran en los términos que se plantea este conflicto.

CONCLUSIONES.

PRIMERO. - La apreciación de la prohibición de contratar es causa de exclusión. Ahora bien, de conformidad con el artículo 140.4 de la LCSP contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2.



Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de la eficacia con ocasión de la impugnación, administrativa o judicial.

SEGUNDO.- En el caso concreto antes de proceder a la exclusión el licitador debería habersele puesto de manifiesto la situación de prohibición de contratar. Si el licitador hubiere acreditado el pago de la deuda o, en su caso, acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento, o suspensión de la eficacia de la resolución administrativa o judicial habría decaído la prohibición de contratar y por tanto la exclusión. En caso contrario procedería la exclusión.

TERCERO.- En el caso de posible existencia de conflicto de interés, cabría la exclusión del licitador, sin que pueda ser de aplicación la prohibición de contratar toda vez que ni la declaración responsable del art. 140 de la LCSP, ni el documento europeo único de contratación (DEUC) se refieran en los términos que se plantea este conflicto.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

Vº Bº DEL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y
ECONOMÍA

APROBADO POR EL PLENO DE LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA el 18 de
diciembre de 2024.