



JUNTA DE GOVERN

PROPOSTA D'ACORD A ADOPTAR PER LA JUNTA DE DE GOVERN

Identificació de l'expedient

Expedient relatiu a la declaració de la prohibició per contractar en l'àmbit d'aquest òrgan de contractació, de la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU.- Resolució del recurs de reposició.-

Fets

La Junta de Govern del Consell Comarcal, en sessió de data 8 de gener de 2019 va aprovar l'expedient de contractació i el plec de clàusules administratives particulars, i va acordar convocar la licitació de les obres de condicionament de la connexió entre la Torre Carlina i el Carrer Hospital de Maçanet de Cabrenys, per procediment obert simplificat i tramitació ordinària, amb un pressupost base de licitació de 57.464,94€, que més 12.067,64€ en concepte del 21% d'IVA, fa un total de 69.532,58€, i un termini d'execució de 3 mesos, prorrogables per un termini màxim de 25 dies.

La Mesa de Contractació, constituïda el 19 de febrer de 2019, va acordar proposar a l'òrgan de contractació l'adjudicació del contracte a favor de l'empresa CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, pel preu de 56.809,29€, IVA exclòs (68.837,25€, IVA inclòs), per haver presentat la proposta més avantatjosa, així com requerir-la perquè en el termini de set dies hàbils a comptar des del dia següent al de la notificació del requeriment, aportés el resguard acreditatiu de la constitució de la garantia definitiva.

En data 1 de març de 2019 (RE núm. 2019/2335), i dins del termini concedit perquè constituís la garantia definitiva, l'empresa CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, va presentar escrit manifestant la seva renúncia a la licitació.

La Mesa de Contractació, constituïda el 12 de març de 2019, va acordar imposar a l'empresa CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU una penalitat de 1.723,05€, corresponent al 3% del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en aplicació del que s'estableix a la clàusula 14.2 del plec de clàusules administratives particulars regulador del contracte, atorgant-li un termini d'audiència de 10 dies hàbils per tal que formulés les al·legacions que considerés convenients.



L'esmentat acord va ser notificat a CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, en data 19 de març de 2019 (RS núm. 2019/3105)

En data 2 d'abril de 2019 (RE 2019/3502) va tenir entrada en el Consell Comarcal escrit d'al·legacions presentat per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU en relació amb la imposició de la penalitat esmentada.

Consta a l'expedient de contractació 1794/2018 l'informe jurídic emès en data 23 d'abril de 2019.

La Junta de Govern del Consell Comarcal, en sessió de data 30 d'abril de 2019, va acordar desestimar les al·legacions presentades per l'entitat CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, així com imposar-li la penalitat de 1.723,05€, corresponent al 3% del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en aplicació del que s'estableix a la clàusula 14.2 del plec de clàusules administratives particulars regulador del contracte, en relació a l'article 150.2 de la LCSP. Cal fer esment al fet que aquesta penalitat no ha estat abonada en període voluntari per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU.

L'article 71.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic –LCSP 2017- preveu una sèrie de circumstàncies que impedeixen contractar amb el sector públic a les persones en qui concorri alguna d'elles, entre les quals es troba haver retirat indegudament la seva proposició o candidatura en un procediment d'adjudicació, o haver impossibilitat l'adjudicació del contracte a favor seu per no complimentar l'establert a l'apartat 2 de l'article 150 dintre del termini assenyalat amb la concurrència de dol, culpa o negligència (lletra a).

Atenent allò previst als articles 18 i 19 del Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques – RGLCAP.

Considerant allò previst a l'article 72 de la Llei 9/2017, de 8 novembre, de Contractes del Sector Públic – LCSP 2017 -, així com el contingut de l'articulat esmentat, que reconeix la competència per declarar la prohibició a l'òrgan de contractació, així com que aquesta Administració es troba en termini per dur a terme la formulació de declaració de prohibició en els termes previstos legalment.

Atès allò disposat a l'article 72.6 de la Llei 9/2017, de 8 novembre, de Contractes del Sector Públic – LCSP 2017 -, en relació amb l'efecte de la declaració de prohibició per contractar.



A la vista d'això, la Junta de Govern del Consell Comarcal, en sessió de data 16 de juny de 2020, va acordar incoar expedient administratiu per a la declaració de prohibició per contractar amb aquest òrgan de contractació a la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, de conformitat amb la circumstància prevista a l'article 71.2.a) de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic – LCSP 2017 –, per haver retirat indegudament la seva oferta en el procediment d'adjudicació de les obres de Condicionament del carrer Hospital amb la Torre Carlina de Maçanet de Cabrenys, incorporant al mateix els informes tècnics emesos per les àrees de serveis tècnics i turisme i per la Secretaria d'aquest Consell comarcal en relació a l'assumpte esmentat, amb la proposició de declaració de la prohibició de contractar per un període de divuit mesos, atès que no concorrien circumstàncies modificatives de la responsabilitat, sens perjudici del que resultés de la resolució de les possibles al·legacions. Així mateix, va acordar atorgar tràmit d'audiència a la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, de forma que, durant el termini màxim de 15 dies hàbils pogués formular quantes al·legacions, observacions, reclamacions o suggeriments estimés oportunes.

L'esmentat acord va ser notificat a CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU en data 25 de juny de 2020 (RS núm. 2020/5556).

En data 1 de juliol de 2020 (RE 2020/6545) va tenir entrada en el Consell Comarcal escrit d'al·legacions presentat per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU en relació amb l'acord esmentat.

La Junta de Govern del Consell Comarcal, en sessió de data 4 d'agost de 2020, va acordar desestimar les al·legacions presentades i declarar la prohibició per contractar a l'àmbit d'aquest òrgan de contractació de la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU per haver incorregut en la causa a) de l'apartat 2 de l'article 71 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic -LCSP 2017-, per haver retirat indegudament la seva oferta en el procediment d'adjudicació de les obres de Condicionament del carrer Hospital amb la Torre Carlina de Maçanet de Cabrenys, pel termini de divuit mesos.

Per part de CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU s'ha interposat en data 2 de setembre de 2020 (RE 2020-8739) recurs de reposició contra l'acord esmentat.

S'ha emes informe jurídic de data 15 de setembre de 2020, amb les consideracions jurídiques següents:

«PRIMERA.- L'entitat CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU afirma en el seu escrit que, malgrat no haver recorregut la imposició de la penalitat, que, com s'ha indicat, tampoc ha estat abonada en període voluntari, no està conforme amb la declaració de la prohibició per contractar, en haver-se justificat en l'expedient administratiu les raons per les quals l'oferta va ser retirada, i insisteix en el perjudici patrimonial que li comportava l'obra i en el fet que en cap cas la retirada responia a mala fe, dol, negligència o actuació indeguda, afirmant que no concorre el supòsit de fet contemplat per la norma. Així, doncs, es reitera en les afirmacions del seu escrit d'al·legacions i es limita de nou a afirmar que l'execució de l'obra li



*comportava un perjudici patrimonial i que un cop estudiat en profunditat el projecte de l'obra aquest plantejava una quantificació de les obres errònia. En aquest punt, ens hem de reafirmar en les consideracions del nostre informe jurídic de 28 de juliol de 2020, que es van incorporar a l'acord de la Junta de Govern del Consell Comarcal de data 4 d'agost de 2020 que és objecte de recurs, ja que en l'informe signat per l'arquitecte tècnic Josep M^a Cortals bàsicament s'argumenta que els preus del projecte van per sota dels preus del mercat i que això comportaria la impossibilitat d'executar les obres sense pèrdues, així com que per part de l'empresa no es va poder fer l'estudi convenient del projecte dins del període legal de formalització d'ofertes, per acabar al·legant que per part de CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU sempre s'ha intentat actuar amb la màxima professionalitat, compromís i vetllant pels interessos de les dues parts. Doncs bé, entenem que, com a mínim, hi hauria hagut **una actuació negligent o indeguda** per part de CONSTRUTOP EMPORDÀ, SL, tota vegada que, tal com s'ha indicat en els antecedents d'aquest informe, el pressupost base de licitació del contracte va ser de 57.464,94€, IVA exclòs (69.532,58€, IVA inclòs) i el preu de la proposta presentada per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU va ser de 56.809,29€, IVA exclòs (68.837,25€, IVA inclòs). Per tant, per part de CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU es va fer una baixa de 655,65€ (1'14%) sobre el pressupost base de licitació. A més, cal tenir present que el termini de presentació de proposicions finalitzava l'11 de febrer de 2019, i l'oferta de CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU es va presentar en data 1 de febrer de 2019, és a dir, 10 dies abans de finalitzar el termini de presentació d'ofertes. Per tant, resulta del tot insostenible l'al·legació relativa a que no es va poder fer l'estudi convenient del projecte dins del període legal de formalització d'ofertes per manca de temps, i més tenint en compte que altres empreses es van presentar a la licitació i l'obra es va adjudicar el 30 d'abril de 2019 a l'empresa RUBAU TARRÉS, SA, i es va executar sense problemes, la qual cosa demostra que la quantificació de les obres no era errònia.*

S'informa desfavorablement aquesta al·legació de la recurrent.

SEGONA.- Entenem, contràriament al que afirma la recurrent en el seu escrit, que la desestimació de l'escrit d'al·legacions presentat per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU va ser plenament motivada, i en cap cas calia aportar informe emès pel Sr. Lluís Rodeja ratificant els càlculs econòmics del projecte, tota vegada que, com es va posar de manifest en les consideracions jurídiques incorporades a l'acord de desestimació de les al·legacions, CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU es va presentar voluntàriament a la licitació i, per tant, després no podia al·legar desconeixement del projecte per manca de temps per al seu estudi, per tal de justificar la seva renúncia, ja que això suposaria anar en contra dels seus propis actes. La doctrina dels actes propis o "venire contra factum proprium non valet", encara que inicialment emmarcada en l'àmbit del dret civil, i que guarda certa relació amb la prohibició de l'abús de dret expressament contemplada en l'article 7.2 del Codi civil, avui resulta de plena aplicació en l'àmbit del dret administratiu. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem és clara en aquest sentit. Així la Sentència del Tribunal Constitucional 73/1988, de 21 d'abril, estableix que la doctrina dels actes propis significa la vinculació de l'autor d'una declaració de voluntat al sentit objectiu d'aquesta i la impossibilitat d'adoptar després un comportament contradictori, la qual cosa troba el seu fonament últim en la protecció que objectivament requereix la confiança que fonamentadament es pot haver dipositat en el comportament aliè, i la regla de la bona fe



que imposa el deure de coherència en el comportament i limita per això l'exercici dels drets objectius. I estableix igualment el principi de la seva aplicabilitat a les relacions jurídiques regides pel Dret administratiu i pel Dret públic en general, com ha vingut reconeixent la jurisprudència del Tribunal Suprem.

D'altra banda, com s'ha indicat, cal tenir present que l'obra es va acabar adjudicant i es va executar sense problemes.

S'informa desfavorablement aquesta al·legació de la recurrent.

TERCERA.- Davant les afirmacions de la recurrent relatives a manca de proporcionalitat i nul·litat de l'acte administratiu per vulneració del que disposa l'article 25.1 de la Constitució espanyola en relació amb l'article 24 d'aquesta, hem de manifestar primerament que en el cas que ens ocupa no ens trobem davant d'una sanció administrativa, tota vegada que l'article 150.2 de la LCSP preveu expressament la imposició d'una penalitat del 3 per cent del pressupost base de licitació, IVA exclòs, en haver retirat indegudament l'oferta, penalitat que li va ser imposada en el seu moment a la recurrent, però ho fa sense perjudici de l'establert a la lletra a) de l'apartat 2 de l'article 71 del mateix text legal, que és precisament el supòsit que ha donat lloc a la incoació de l'expedient administratiu per a la declaració de prohibició per contractar. Així, doncs, ens trobem davant de la declaració d'una prohibició de contractar, que no és un acte potestatiu de l'Administració, sinó que l'article 71 de la LCSP preveu expressament quins són els supòsits de prohibició de contractar, i els preveu taxativament, i en el seu apartat 2 estableix:

2. A més de les previstes en l'apartat anterior, són circumstàncies que impediran als empresaris contractar amb les entitats compreses en l'article 3 d'aquesta Llei, en les condicions establertes en l'article 73 les següents:

a) Haver retirat indegudament la seva proposició o candidatura en un procediment d'adjudicació, o haver impossibilitat l'adjudicació del contracte a favor seu per no complir l'establert a l'apartat 2 de l'article 150 dintre del termini assenyalat mitjançant dol, culpa o negligència.

A l'apartat 1 de l'article 71 es preveuen altres supòsits de prohibició de contractar, com ara haver estat condemnats per sentència ferma per determinats delictes, haver estat sancionats amb caràcter ferm per infracció greu en matèria professional que afecti a la seva integritat, de disciplina de mercat, falsejament de la competència, etc., haver sol·licitat la declaració de concurs de creditors, no trobar-se al corrent en el pagament de les obligacions tributàries o de la Seguretat Social. Si analitzem tots aquests supòsits, resulta evident que no ens trobem davant de sancions administratives pròpiament dites, sinó de garanties per al bon desenvolupament del procediment i la bona execució de la contractació pública. Així, doncs, les prohibicions de contractar són circumstàncies objectives que impedeixen contractar amb l'Administració a aquelles persones, físiques o jurídiques, que s'hi troben incurses.



Així, doncs, entenem que no resultarien d'aplicació al supòsit que ens ocupa els criteris de graduació de la sanció que invoca la recurrent en el seu escrit. No obstant això, aquesta graduació es va dur a terme i en la part expositiva de l'acord de la Junta de Govern de 16 de juny de 2020, d'incoació de l'expedient administratiu, expressament es feia constar: En aquest supòsit no concorren circumstàncies modificatives de la responsabilitat, per la qual cosa es proposa que la prohibició sigui per un període de divuit mesos.

Tots els arguments exposats per CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU en el seu escrit d'al·legacions van ser rebutats en l'acord de la Junta de Govern del Consell Comarcal de data 4 d'agost de 2020, objecte d'aquest recurs i, com s'ha assenyalat, es va imposar la prohibició per contractar per un període de divuit mesos, en no concórrer circumstàncies modificatives de la responsabilitat.

S'informa desfavorablement aquesta al·legació de la recurrent.

QUARTA.- La recurrent sol·licita en el seu escrit la mesura cautelar de suspensió de l'acte administratiu, en haver-se al·legat nul·litat de l'acte administratiu per contravençió a drets fonamentals i perquè l'execució pot causar perjudicis d'impossible o difícil reparació tenint en compte l'extensió de la mesura. L'article 117.1 la Llei 39/2015 estableix com a criteri general que la interposició de qualsevol recurs no suspendrà l'execució de l'acte impugnat. Entenem que no procedeix acordar la suspensió sol·licitada, tota vegada que l'execució no pot causar perjudicis d'impossible o difícil reparació a la recurrent, en afectar la prohibició de contractar només a l'àmbit d'aquest òrgan de contractació, que, d'altra banda, du a terme molt poques licitacions d'obra pública, essent la gran majoria licitacions de serveis.

S'informa desfavorablement la sol·licitud de la recurrent.»

Fonaments de dret

- art. 25 i ss DL 4/2003 pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya.
- Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014.
- Decret Llei 3/2016, de 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública.
- Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la que 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.(en endavant, LCSP)
- Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, en tot allò no modificat ni derogat per les disposicions esmentades anteriorment.
- Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.



Per tot això, i d'acord amb les conclusions de l'informe referit a la part expositiva, el conseller delegat de l'Àrea de Turisme proposa a la Junta de Govern l'adopció del següent

ACORD

1.- Desestimar íntegrament el recurs de reposició interposat per part de l'entitat CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU contra l'acord de la Junta de Govern del Consell Comarcal de data 4 d'agost de 2020, pel qual es desestimaven les al·legacions presentades i es declarava la prohibició per contractar a l'àmbit d'aquest òrgan de contractació de la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU per haver incorregut en la causa a) de l'apartat 2 de l'article 71 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic -LCSP 2017-, per haver retirat indegudament la seva oferta en el procediment d'adjudicació de les obres de Condicionament del carrer Hospital amb la Torre Carlina de Maçanet de Cabrenys, pel termini de divuit mesos.

2.- Ratificar l'acord de la Junta de Govern del Consell Comarcal de data 4 d'agost de 2020, pel qual es desestimaven les al·legacions presentades i es declarava la prohibició per contractar a l'àmbit d'aquest òrgan de contractació de la mercantil CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU per haver incorregut en la causa a) de l'apartat 2 de l'article 71 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic -LCSP 2017-, per haver retirat indegudament la seva oferta en el procediment d'adjudicació de les obres de Condicionament del carrer Hospital amb la Torre Carlina de Maçanet de Cabrenys, pel termini de divuit mesos.

3. Desestimar la mesura cautelar sol·licitada de suspensió de l'acte administratiu

4.- Notificar el present acord a l'entitat CONSTRUTOP EMPORDÀ, SLU, per al seu coneixement i efectes oportuns.

Figueres, a la data de la signatura electrònica.

El conseller delegat de l'àrea de Turisme,

En dono fe,
La Secretària,

Cristina Pou Molinet