



INFORME, de 10 de maig de 1996, del PLE de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Assumpte: **Prohibició de l'article 53.3 LCAP de concórrer a les licitacions empreses que hagin participat en l'elaboració de les especificacions tècniques relatives als contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència, de serveis i treballs específics i concrets i no habituals.**

INTRODUCCIÓ

En data 24 de novembre de 1995, el Comissionat per a Universitats i Recerca ha sol·licitat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa informe en relació amb l'abast de la prohibició establerta a l'article 53, punt 3, especialment pel que fa a la contractació de professionals per a la redacció de projectes tècnics i direcció facultativa d'obres.

En sessió de data 16 de febrer de 1996, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va acordar la constitució d'una ponència tècnica integrada pels membres:

- Sr. Francesc Blanco i López
- Sra. Neus Colet i Areal
- Sra. Mercè Curull i Martínez
- Sra. Rosa Prió i Miravet
- Sr. Miquel Àngel Ramos i Santiago

L'esmentada ponència ha elevat el següent informe que se sotmet al Ple de la Junta:

L'article 53.3 LCAP, que té caràcter bàsic, d'acord amb la Disposició Final 1a. LCAP, estableix el següent:

"En els contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència, de serveis i de treballs específics i concrets no habituals no podran concórrer a les licitacions empreses que hagin participat en l'elaboració de les especificacions tècniques relatives als esmentats contractes"

L'esmentat precepte va ser introduït pel grup parlamentari socialista en el debat al Senat del projecte de llei (esmena núm.190, diari de sessions del Senat de 22 de març de 1995, núm. 69 (d). i (e)) prenent amb això donar compliment a l'Acord sobre Contractació Pública de l'Organització Mundial de Comerç.

El mandat legal no permet, per tant, que les empreses que hagin participat en l'elaboració de les especificacions tècniques relatives als contractes típics (a excepció del de gestió de serveis públics) puguin licitar posteriorment en els procediments d'adjudicació d'aquests.



Sembla raonable afirmar que el mandat legal pretén garantir el principi d'igualtat de tracte entre tots els licitadors (que derivaria des del punt de vista constitucional de l'article 14 de la norma fonamental). S'entén que l'empresa que ha participat en l'elaboració de les especificacions tècniques que regularan l'execució de l'objecte d'un contracte típic, podria partir amb un coneixement previ molt més exhaustiu de les característiques, peculiaritats i requisits tècnics d'aquest; coneixement que en el millor dels casos no podria obtenir la resta de licitadors només quan s'obris el període de licitació pública. Per altra banda, l'empresa que participés en l'elaboració de les especificacions tècniques podria actuar condicionada per la seva posterior participació en la licitació per poder executar l'esmentat contracte de manera que podria disminuir la seva objectivitat o rigor de plantejaments.

EL CONCEPTE "D'ESPECIFICACIONS TÈCNiques" DE LA NORMATIVA VIGENT.

L'aplicació del principi prohibitiu de l'article 53.3 LCAP en allò que es refereix al contracte d'obres exigeix realitzar prèviament unes precisions conceptuals. La primera referent al significat "d'especificacions tècniques" en el contracte d'obres. Ni la LCAP ni el Reglament General de Contractació de l'Estat utilitzen aquest terme. Només en la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, trobem una definició del terme "especificacions tècniques". L'annex III de l'esmentada Directiva estableix concretament que ha d'entendre's per especificacions tècniques: "el conjunt de les prescripcions tècniques contingudes principalment en els plecs de condicions, en les què es defineixen les característiques requerides d'una obra..." . Així mateix inclouen "...les regles de concepció i càlcul de les obres, les condicions de prova, control i recepció de les obres, així com les tècniques o mètodes de construcció i totes les demés condicions de caràcter tècnic que el poder adjudicador pugui prescriure, per via de reglamentació general o específica, en allò referent a obres acabades i als materials o elements que les constitueixin".

Hauré de concloure, doncs, que és la Directiva 93/37/CEE la que permet definir el concepte "especificacions tècniques" utilitzat en l'article 53.3 LCAP. L'esmentat significat engloba, en allò referent al contracte d'obres, el contingut del projecte d'obres segons l'article 124 LCAP. D'acord amb la definició tan ampla que abans s'ha descrit certament també podrien incloure's com especificacions tècniques les bases tècniques de l'article 125 LCAP i, fins i tot, les instruccions tècniques de l'article 127.

L'article 124 LCAP estableix que els projectes d'obres hauran de comprendre "...c) el plec de prescripcions tècniques particulars on es farà la descripció de les obres i es regularà la seva execució". En l'article 52 s'estableix que "...seran elaborats amb anterioritat a l'autorització de les despeses els plecs i documents que continguin les prescripcions tècniques particulars que tinguin que regir l'execució de la prestació...".

Per tant, la prohibició de l'article 53.3 LCAP en el contracte d'obres vindrà a significar que l'empresa que hagi participat en l'elaboració del projecte d'obres no podrà licitar en els procediments d'adjudicació de l'esmentada obra.

LA PROHIBICIÓ DE L'ARTICLE 53.3 LCAP EN EL CONTRACTE D'OBRES.



Sembla evident que l'empresa que hagi elaborat el projecte d'obra mitjançant un contracte de consultoria i assistència, no podrà participar en licitació posterior per a l'execució de l'obra. Les raons, com s'han exposat seran el respecte al principi d'igualtat de tracte i d'identitat de condicions entre tots els licitadors.

Nogensmenys cal afirmar tot seguit que no es produeix cap fallida al dit principi d'igualtat quan l'empresari concorre a una licitació el objecte de la qual és l'execució de l'obra havent d'aportar simultàniament el seu projecte propi. Així es preveu als articles 122 i 125 LCAP.

Una primera anàlisi del contracte d'execució d'obra i del de direcció facultativa la trobem en l'article 198.3 LCAP. Estableix l'esmentat article un principi general prohibitiu que permet excepcions motivades . Aquesta prohibició és la següent: "En els contractes de consultoria i assistència que tinguin per objecte la vigilància, supervisió, control i direcció de l'execució d'obres i instal·lacions, excepte en el cas que els plecs disposin expressament i justificadament el contrari, no podran adjudicar-se a les mateixes empreses adjudicatàries dels corresponents contractes d'obres ni a les empreses vinculades a aquestes en el sentit en que són definides en el article 134".

La qüestió més problemàtica és l'eventual extensió del principi prohibitiu de l'article 53.3 a les empreses que havent participat en l'elaboració del projecte de l'obra concorrin, en licitació independent i posteriorment, al contracte de consultoria de direcció facultativa de l'obra.

No sembla que el principi prohibitiu de l'article 53.3 sigui d'aplicació en aquest cas. No concorren les circumstàncies que exigeix l'esmentat article en el sentit de la existència d'una relació entre un mateix empresari que elabora les prescripcions o especificacions tècniques i posteriorment executa el contracte principal; relació fonamental on s'ha de garantir absolutament la independència dels respectius contractistes. Les prescripcions tècniques del contracte d'obres són executades en el propi contracte d'obra mentre que la direcció facultativa de l'obra no és més que un contracte auxiliar en la execució de l'obra.

L'article 72.2 del Reglament General de Contractació de l'Estat, que hem d'entendre vigent, estableix que "... en tots els casos, els diferents documents que en el seu conjunt constitueixin un projecte hauran de definir les obres en forma tal que un altre facultatiu diferent de l'autor d'aquell pugui dirigir, d'acord amb el mateix, els treballs corresponents". En aquest sentit el contracte de consultoria de direcció de l'obra no executa en un sentit material les especificacions tècniques del projecte (ho fa el contractista de l'obra), sinó que té per finalitat la direcció tècnica de l'esmentada execució.

Malgrat allò manifestat anteriorment, s' haurà de recordar que l'eventual adjudicació del contracte de direcció facultativa de l'obra a l'empresa que hagi elaborat el projecte pot comportar unes implicacions que ha de valorar l'òrgan de contractació. La LCAP ha arbitrat una sèrie de responsabilitats que recauen sobre l'autor del projecte de l'obra i que es podran evidenciar segurament amb la intervenció del Director de l'obra. Així, en l'article 218 (no bàsic) estableix un sistema d'indemnitzacions que consisteixen en una minoració del preu del contracte d'elaboració del projecte en funció de les desviacions pressupostàries de l'obra



com a conseqüència d'errors o omissions imputables a l'autor del projecte. Es podria pensar que allà on hi hagi una confusió entre ambdues persones (autor del projecte i director facultatiu) pogués perdre's objectivitat en l'apreciació dels errors que eventualment continguis el projecte, si bé la pròpia presència del contractista a més dels tècnics funcionaris de la pròpia Administració de l'obra pot equilibrar aquella confusió de papers.

En base als raonaments anteriors es poden establir les següents

CONCLUSIONS :

1.- L'autor de les especificacions tècniques (projecte d'obra en el contracte d'obres) no podrà licitar en el contracte d'execució de l'obra per aplicació del principi prohibitiu de l'article 53.3 LCAP en garantia del principi d'igualtat de tracte entre tots els licitadors.

2.- En canvi, no ha de ser necessàriament d'aplicació l'esmentat principi prohibitiu entre els licitadors al contracte de consultoria d'elaboració del projecte i al contracte de direcció facultativa de l'obra. En termes generals, l'autor del projecte no té perquè licitar a l'adjudicació del contracte de direcció de l'obra en condicions preferents, atenent que el projecte, en els termes de l'article 72.2 del Reglament General de Contractació de l'Estat, ha de poder ser interpretat per qualsevol altre facultatiu.

3.- Haurà de ser l'òrgan de contractació qui consideri l'oportunitat de licitar conjuntament o independentment els contractes de consultoria i assistència d'elaboració del projecte de l'obra i el de direcció facultativa d'aquesta tenint en compte que en algunes ocasions pot ser inclús convenient que ambdues funcions recaiguin en la mateixa persona. Per tant, l'òrgan de contractació pot licitar en un únic contracte l'elaboració del projecte i la direcció posterior de l'obra i en altres, pel contrari, pot considerar convenient una diferenciació entre ambdues funcions, convocant-se per separat i independentment ambdós contractes. Com anteriorment s'ha comentat, una qüestió a resoldre en aquest punt serà l'eventual confusió de funcions entre l'autor del projecte, responsable davant l'Administració per determinats errors que contingui, i el director facultatiu de l'obra que haurà d'evidenciar-los i proposar en alguns casos solucions alternatives.

Barcelona, 10 de maig de 1996