



INFORME 2/2016, DE 31 DE MARZO, SOBRE PROCEDIMIENTO DE PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR.

ANTECEDENTES

El Director General de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud ha remitido escrito dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

El artículo 2.1 del Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS en lo sucesivo), establece que el SERMAS es un Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Por otro lado, el artículo 6 del precitado Decreto dispone que la contratación del SERMAS se regirá por lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

Tras la reforma operada por el apartado uno de la disposición final novena de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en diversos artículos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a esta Dirección General se le plantean una serie de dudas acerca de las posibles consecuencias que se pueden derivar de la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista.

Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 38.2 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se sometan a su consideración las siguientes:

CUESTIONES

I.- Si es obligatorio abrir un procedimiento de prohibición para contratar con la Administración, en caso de que el SERMAS inicie un procedimiento de resolución por incumplimiento culpable del contratista.

II.- Si la prohibición para contratar puede ser tramitada dentro del

procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista o tiene que ser objeto de un procedimiento separado.

III.- Si la normativa contractual establece la duración de la prohibición para contratar o ésta debe ser fijada por la Administración de forma discrecional.

IV.- Si el SERMAS puede modular la duración de la prohibición para contratar o es el órgano que la acuerde el que procede a fijar su duración.

V.- ¿Cuál es el órgano con competencia para la declaración de la prohibición de contratar, pues esta entidad contratante no tiene el carácter de Administración Pública?

CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, se sometan a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril (RGCCPM), correspondiendo su ejercicio a esta Comisión Permanente, según lo establecido en el artículo 44 del citado Reglamento. Por otra parte, el artículo 48 del RGCCPM, establece que la Junta emitirá sus informes de oficio o a petición de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, de los Gerentes de los Organismos autónomos, de los representantes legales de las Empresas públicas con forma de sociedad mercantil, Entidades de Derecho público y demás Entes públicos de la Comunidad de Madrid, del Interventor General y de los Presidentes de las Organizaciones Empresariales afectadas por la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid.

La solicitud de informe no ha sido formulada por el órgano competente para ello; no obstante, en atención al interés general de las cuestiones que plantea la consulta, se formulan las siguientes consideraciones.

2.- La consulta se concreta en una serie de cuestiones acerca del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, que se ha visto modificado recientemente con las variaciones introducidas en la redacción de los artículos 60 y 61, así como la inclusión de un nuevo artículo 61 bis en la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico

del Sector Público, modificación que entró en vigor el pasado 22 de octubre de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición final decimoctava de dicha ley.

El artículo 54 del TRLCSP, relativo a las condiciones de aptitud para contratar con el sector público, indica en su apartado 1, entre los requisitos precisos para contratar con el sector público, no encontrarse incurso en una prohibición de contratar.

El artículo 60 de dicha ley, relativo a las prohibiciones de contratar, establece una relación de las circunstancias que impedirán contratar con el sector público, entre las que se encuentra la de haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad del sector público (artículo 60.2 d). Este supuesto, aplicable antes solamente a los contratos de las Administraciones Públicas, se aplica actualmente a todo el sector público, tras la mencionada modificación del TRLCSP.

La prohibición de contratar relativa a esta circunstancia no puede ser apreciada directamente por los órganos de contratación, sino que requiere de un procedimiento instruido al efecto, en el que se determinarán el alcance y la duración de la prohibición.

3.- El Servicio Madrileño de Salud en primer lugar plantea si es obligatorio abrir un procedimiento de prohibición para contratar con la Administración, en caso de que el órgano de contratación inicie un procedimiento de resolución por incumplimiento culpable del contratista. Es claro que el inicio de un procedimiento de resolución contractual no puede dar lugar a la apertura del procedimiento para la declaración de prohibición de contratar, puesto que es requisito esencial y previo para que se dé la circunstancia prevista en el apartado 60.2 d) del TRLCSP, que impide a los empresarios contratar con el sector público, que la resolución sea firme, por tanto no se podría abrir el procedimiento para declarar la prohibición de contratar por el hecho de que el órgano de contratación inicia un procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista.

A estos efectos conviene recordar que es doctrina unánimemente admitida en nuestro ordenamiento jurídico que la firmeza de un acuerdo o resolución administrativa sólo se produce en el doble supuesto de que la resolución administrativa haya sido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque producida la misma se haya resuelto en dicha vía sin posibilidad de ulterior recurso.

Además del requisito de firmeza la resolución ha de reunir el de la declaración de culpabilidad del empresario, lo que no se da en todos los casos en que la resolución del contrato es por causa imputable al contratista.

El artículo 60 del TRLCSP al regular las prohibiciones de contratar distingue dos tipos de circunstancias a las que además le atribuye diferentes efectos en el artículo 61 bis, así el apartado 1 dispone que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley, es decir los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, las personas en las que concurran una serie de circunstancias que relaciona en las letras de la a) a la h), la imposibilidad de contratar en estos supuestos es taxativa, y por tanto constituyen prohibiciones de contratar absolutas, que no admiten excepciones. Sin embargo, el apartado 2 del citado artículo 60 indica que además de las previstas en el apartado 1 impedirán a los empresarios contratar con el sector público las circunstancias recogidas en las letras de la a) a la d), que se refieren a supuestos concretos acaecidos durante la tramitación o ejecución de contratos específicos, en las condiciones previstas en el artículo 61 bis, que expresamente prevé en su apartado 1 que estas prohibiciones solo afectaran al ámbito del órgano de contratación que las haya declarado. La limitación al ámbito del órgano de contratación también se produce excepcionalmente en la letra e) del apartado 1, pero solo respecto de algunas de las circunstancias que recoge, concretamente aquellas que también se producen en la tramitación de un concreto expediente de contratación, y que se refieren a supuestos de falsedad al efectuar la declaración responsable del artículo 146 o al facilitar otros datos relativos a la capacidad y solvencia de la empresa.

No obstante, las mencionadas prohibiciones se pueden extender al correspondiente sector público en el que se integra el órgano de contratación. La extensión de efectos de la prohibición de contratar al sector público de la Comunidad de Madrid corresponde a la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 61 bis.1, en concordancia con lo dispuesto en los artículos del TRLCSP y el artículo 15.1 a) del RGCCPM.

Excepcionalmente, la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, podrá solicitar la extensión de efectos de la prohibición de contratar al conjunto del sector público, mediante comunicación de la citada Junta autonómica a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, siendo competente para la extensión el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

4.- Lo expuesto en la consideración anterior responde sin necesidad de mayores explicaciones a la segunda cuestión planteada por el SERMAS, relativa a si la prohibición para contratar puede ser tramitada dentro del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista o tiene que ser objeto de un procedimiento separado. Ambos procedimientos no pueden ser objeto de acumulación en una única tramitación administrativa, puesto que la prohibición es consecuencia de la resolución culpable y el procedimiento de declaración de prohibición de contratar no puede iniciarse hasta que sea firme la resolución del contrato por causa de la que hubiese sido declarado culpable el contratista.

Asimismo, el artículo 61.2 del TRLCSP al concretar la apreciación de la prohibición de contratar, competencia y procedimiento en los supuestos contemplados en el apartado segundo del artículo 60 establece expresamente que el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo.

5.- Para dar contestación a las dudas que sobre la duración de la prohibición de contratar formula el SERMAS es conveniente determinar con anterioridad quién es el órgano competente para la declaración de la prohibición de contratar.

La nueva redacción del artículo 61 del TRLCSP, relativo a la competencia y procedimiento de la apreciación de la prohibición de contratar, ha establecido, entre otras novedades, en su punto 3 que la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 60, corresponderá al órgano de contratación, concretando en el punto 4 que cuando la entidad pública contratante no tenga el carácter de Administración Pública, la competencia corresponderá al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control. En el supuesto de que la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

El Servicio Madrileño de Salud es un Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, adscrito a la Consejería de Sanidad, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 24/2008, de 3 de abril, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del SERMAS, su contratación se rige

por lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, siendo el órgano de contratación el titular de la Viceconsejería de Sanidad. El SERMAS cumple las condiciones previstas en el artículo 3.2 e) de la LCSP para tener la consideración de Administración Pública a los efectos de la aplicación del TRLCSP, dado que fue creado para satisfacer necesidades de interés general, su actividad está sometida a criterios de interés público y rentabilidad social no sujetos a contraprestación y que no responden a una actuación en régimen de mercado, se encuentra vinculado a una Administración Pública que financia mayoritariamente su actividad y controla su gestión, asimismo no se aprecia identidad entre el concepto estatal de entidad pública empresarial y entidad de derecho público autonómica, como ya indicó esta Comisión Permanente con ocasión de su Informe 6/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público al ente público Hospital Universitario de Fuenlabrada.

Por lo expuesto, en el presente supuesto se considera que el órgano competente para declarar la prohibición de contratar es el Viceconsejero de Sanidad por ser el órgano de contratación del SERMAS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.3 del TRLCSP.

6.- En cuanto a la determinación y procedimiento para la declaración de la prohibición para contratar el artículo 61 en sus apartados 2 y 5 del TRLCSP dispone que cuando sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición de contratar, el alcance y la duración se determinarán siguiendo el procedimiento previsto en este artículo y en las normas de desarrollo que esta Ley establezca. Las normas reglamentarias que desarrollan esta materia, y que están vigentes en tanto no contradigan lo dispuesto en el TRLCSP, son los artículos 17 a 20 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que fue aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, y los artículos 12 a 16 del RGCCPM.

El procedimiento para la declaración de prohibición de contratar no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato y su duración no podrá exceder de tres años, que se computarán desde la fecha de inscripción en el Registro de Licitadores correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 bis.3 del TRLCSP.

De conformidad con lo establecido en el artículo 19.4 del RGLCAP y 15.4 del RGCCPM, el alcance y duración de la prohibición de contratar se determinarán atendiendo a la existencia, en su caso, de dolo o manifiesta mala fe y a la entidad del daño causado a los intereses públicos.

Cuando los hechos que motivan la prohibición de contratar se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación, el correspondiente órgano de contratación deberá instruir expediente de declaración de prohibición de contratar que se sustanciará con las siguientes actuaciones previstas reglamentariamente:

- Informe sobre las circunstancias concurrentes, efectuándose para ello cuantas actuaciones resulten precisas para el examen de los hechos, recabando, en su caso, cuantos informes técnicos y jurídicos se estimen pertinentes así como los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.
- Trámite de audiencia al empresario, por plazo de 15 días naturales, relativo a la prohibición de contratar.
- Acuerdo del órgano de contratación, órgano competente para declarar la prohibición de contratar.
- Remisión de las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, para su inscripción en el Registro de Licitadores.
- Publicación del acuerdo de declaración de prohibición de contratar en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

En definitiva, la eficacia de la declaración de prohibición de contratar, en este supuesto, estará limitada al ámbito del órgano de contratación, pudiendo extenderse a todo el sector público de la Comunidad de Madrid y, excepcionalmente, a todo al conjunto del sector público estatal, mediante comunicación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 15 del RGCPM. Su alcance y duración se determinará por el órgano de contratación, atendiendo a la existencia, en su caso, de dolo o manifiesta mala fe y a la entidad del daño causado a los intereses públicos, sin exceder de tres años, que se computarán desde la fecha de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid.