

**Informe 76/09, de 23 de julio de 2010. «Consulta sobre compatibilidad entre el ejercicio de un cargo en una asociación que puede optar a la adjudicación de un contrato licitado por una mancomunidad de municipios y el alcalde o concejales que forman parte de alguno de los Ayuntamientos que integran la mancomunidad».**

Clasificación de los informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.2. Incompatibilidades.

**ANTECEDENTES.**

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Gargantilla del Lozoya y Pinilla de Buitrago se formula consulta en los siguientes términos:

*"La Mancomunidad de Servicios Valle Medio del Lozoya, de la que este Alcalde es Vicepresidente, mancomunidad formada por los Ayuntamientos de Gargantilla del Lozoya y Pinilla de Buitrago y Ayuntamiento de Navarredonda y San Mamés, ha recibido una subvención para la ADQUISICIÓN DE 100 BICICLETAS, con el fin de convocar un concurso para gestionar el servicio de alquiler de bicicletas en los dos municipios que forman la mancomunidad.*

*Como se ha dicho, se pretende convocar un concurso para la gestión del alquiler de bicicletas que básicamente tendrá como criterios de adjudicación los siguientes:*

- Precio a favor de la Administración, a partir de 500 € anuales.
- Programa y calendario del servicio.
- Medios personales y materiales con los que se cuenta.

*Entre los posibles candidatos según las prospecciones hechas podría estar la Asociación medioambiental sin ánimo de lucro, que preside este Alcalde, que solo admitiría la adjudicación si no hubiera otra posibilidad de gestionar el servicio, dado que la Mancomunidad no puede prestarlo directamente.*

*1ª. CONSULTA: ¿Podría la asociación que preside el Alcalde, participar en el concurso y ser adjudicataria del mismo si así resultara?*

*2ª. CONSULTA: En el caso de que no pudiera ser adjudicatario al ser presidente de la asociación, ¿Podría el Alcalde cesar como Vicepresidente y Vocal de la Mancomunidad, y al no pertenecer como miembro de la entidad, en esas circunstancias se admitiría la participación y adjudicación en el concurso, siendo alcalde de uno de los municipios que forman la mancomunidad?"*

**CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. La cuestión planteada se refiere a si existe compatibilidad entre el ejercicio de un cargo en una asociación que puede optar a la adjudicación de un contrato licitado por una mancomunidad de municipios y el alcalde o concejales que forman parte de alguno de los ayuntamientos que integran la mancomunidad.

Con carácter previo, sin embargo, es preciso aclarar dos cuestiones: la primera de ellas referida a los criterios de adjudicación previstos, al parecer en el pliego de cláusulas para la adjudicación del contrato, y la segunda a la naturaleza jurídica del contrato.

2. La primera de las dos cuestiones hace referencia a la utilización como criterio de adjudicación de los "medios personales y materiales con los que se cuenta", a que hace referencia el Alcalde Presidente en el texto de su consulta.

Con respecto de esta cuestión, que aunque no es objeto de consulta debe ser analizada por la Junta Consultiva, debe indicarse que no puede ser utilizado como criterio de adjudicación lo que constituye propiamente un criterio para acreditar la solvencia de las empresas. En efecto, los medios personales y materiales de que dispongan las empresas se encuentran mencionados en los artículos 65, 66 y 67 de la Ley de Contratos del Sector Público que los configuran como indicadores de la solvencia técnica y profesional de las empresas. Por otra parte, en el artículo 134.1 de la misma Ley "para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización..."

Esta doble circunstancia pone de manifiesto que sólo pueden ser utilizados como criterios de adjudicación los que valoran elementos constitutivos de la oferta presentada, no aquellos que constituyen indicadores de la solvencia de la empresa. Estos últimos son utilizables en un momento previo del procedimiento de adjudicación, concretamente en el de selección de las empresas en función de los requisitos de solvencia establecidos en el pliego para los casos en que no sea legalmente exigible la clasificación.

En consecuencia, para elaborar un pliego de cláusulas administrativas particulares ajustado a las disposiciones legales en vigor, deberá eliminarse toda referencia a los medios personales y materiales, técnicos o no, de que dispone la empresa al objeto de valorar las ofertas presentadas.

3. La segunda cuestión previa planteada se refiere a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión. A tal respecto, la consulta sólo proporciona elementos indiciarios que no nos permiten establecerla con absoluta certeza. Sin embargo, como elemento dialéctico que nos sirva de base para los razonamientos que han de venir a continuación diremos que el hecho de que las bicicletas objeto del servicio de alquiler vayan a ser propiedad de los diferentes ayuntamientos (o de la Mancomunidad, pues no queda claro este extremo) y la circunstancia de que el adjudicatario del servicio haya de pagar un precio anual por la prestación del servicio, unido al objeto mismo del contrato, nos inducen a pensar que se trata de un contrato de gestión de un servicio público, en el que el adjudicatario asume el riesgo de la explotación. De ser así, evidentemente, se trataría de una concesión de servicios públicos de conformidad con lo establecido en la letra a) del artículo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público.

4. La última cuestión se refiere a si podría ser adjudicataria del contrato mencionado un asociación medioambiental de la que es presidente el alcalde que formula la consulta.

En primer lugar, diremos que por imposición del artículo 46 de la Ley de Contratos del Sector Público, es preciso que la Asociación cumpla con el requisito de que las *"prestaciones [del contrato] estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios"*. En consecuencia, para que la tal Asociación puede ser adjudicataria del contrato en cuestión será requisito indispensable que sus estatutos contemplen como uno de los objetos sociales la realización de la actividad a que se refiere el contrato.

En segundo lugar, debe resolverse la cuestión relativa a la incompatibilidad para ser adjudicataria de un contrato financiado por la Mancomunidad de Municipios, cuando el alcalde de uno de los Ayuntamientos ejerce las funciones de Presidente de la misma. A este respecto debe traerse a colación el artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público aplicable en función de la naturaleza jurídica del contrato, cuya letra f) considera como causa de prohibición de contratar *"estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma"*. Puesto en relación este artículo con el 178.2, letra d) de la Ley de Régimen Electoral General, resulta que son incompatibles con la condición de concejal (y, por ende, también con la de Alcalde): *"los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes"*.

En consecuencia, si el contrato que se analiza en este dictamen fuera celebrado entre la Asociación que preside el Alcalde de Gargantilla de Lozoya y Pinilla de Buitrago y el propio Ayuntamiento, no cabría duda alguna respecto de la aplicación de la causa de incompatibilidad y, consiguientemente, de la prohibición de contratar.

Sin embargo, no resulta tan claro cuando la relación contractual se establece entre una Mancomunidad de la que forma parte el Ayuntamiento y la tal Asociación. Entendida la prohibición de contratar como una restricción a los derechos de los particulares es evidente que la interpretación de la norma que la establece debe hacerse de forma restrictiva, de conformidad con un principio jurídico de común aceptación. Así debe desprenderse del artículo 4

del Código Civil que prohíbe la extensión de las leyes penales a supuestos distintos de los contemplados en ellas. Es evidente que ni el artículo 49 de la Ley de Contratos del Sector Público ni el 178 de la Ley de Régimen Electoral General son leyes penales, pero tampoco debe dudarse de que la doctrina y la jurisprudencia en general vienen entendiendo que este principio es de aplicación a todas las normas que restrinjan derechos.

La cuestión, sin embargo, no debe enfocarse en el presente caso como un supuesto de aplicación de normas restrictivas, sino más bien al contrario. En efecto se trata de aplicar normas que tienen por objeto garantizar la transparencia en la contratación, y, en tal sentido, lejos de limitar los derechos de los particulares, producen exactamente el efecto contrario. Lo que tales normas pretenden es asegurar que la adjudicación de los contratos se haga en condiciones de plena objetividad, excluyendo para ello de las licitaciones a quienes pueden influir en la decisión de adjudicación de forma decisiva.

Por ello, lejos de interpretarse restrictivamente esta norma, debe hacerse de forma amplia extendiendo sus efectos a todos aquellos supuestos en que la decisión de adjudicación deba adoptarse por quienes de forma directa o indirecta puedan estar interesados en ella como contratistas o por órganos de los que formen parte.

A este respecto conviene tener en consideración que las mancomunidades de municipios son entes que nacen precisamente para gestionar ámbitos de la competencia de los municipios que las constituyen. Así lo dispone expresamente el artículo 44 de la Ley de Bases de Régimen Local: *"Se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia"*.

Por otra parte, además, para la gestión de tales ámbitos de competencia, las mancomunidades no disponen de más recursos financieros que los aportados directamente por las Entidades Locales que las integran.

En consecuencia, y desde el punto de vista de la Mancomunidad a que se refiere el presente dictamen, nos encontramos con que el contrato cuestionado se refiere a un ámbito de la competencia del Ayuntamiento de Gargantilla de Lozoya y con que los recursos económicos que lo han de financiar (el importe de las bicicletas) proceden de una subvención recibida, entre otros, por el mismo Ayuntamiento (es indiferente que la haya recibido o no a través de la Mancomunidad). En tal situación, es evidente que las causas de incompatibilidad que la Ley prevé para los miembros de la Corporación municipal son de aplicación también para el caso en que la competencia y los recursos se gestionan por la Mancomunidad.

## **CONCLUSIONES.**

1. Para la adjudicación de los contratos no pueden establecerse criterios que no se refieran directamente al objeto del mismo sino a las condiciones de solvencia de la empresa licitadora.

2. La adjudicación del contrato a favor de una persona jurídica exige que el objeto de la misma, tal como lo definen sus estatutos, contemple la actividad en que consiste la prestación contractual.

3. La incompatibilidad para contratar que puede afectar a una determinada entidad respecto de un Ayuntamiento, afecta igualmente a la contratación por Mancomunidades de las que forme parte ese Ayuntamiento.