Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía
CONSEJERÍA DE IGUALDAD, POLÍTICAS SOCIALES Y CONCILIACIÓN

ACTA N.º 5 DE LA MESA DE CONTRATACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DEL SERVICIO TÉCNICO DE INSTALACIONES, MANTENIMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES DE LOS DISPOSITIVOS DOMICILIARIOS DEL SERVICIO ANDALUZ DE TELEASISTENCIA (EXPTE. CA-06/2019) CELEBRADA PARA EL ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN PREVIA A LA ADJUDICACIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD PROAZIMUT, S.L.

En Sevilla, el día 23 de enero de 2020, a las 13:30 horas, se reúne en la sede de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía la mesa de contratación del expediente citado para la calificación de la documentación previa a la adjudicación presentada por PROAZIMUT, S.L., entidad propuesta para la adjudicación de contrato, en respuesta al requerimiento realizado por la Agencia de conformidad con el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el apartado 10.7del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cumplimiento de la Resolución de 9 de noviembre de 2019 de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía por la que se acuerda la designación de los miembros que forman parte de la Mesa de Contratación,

SE REÚNEN

Presidente: Cayetano García de la Borbolla Carrero, Jefe de la Oficina Jurídica y de Contratación.

Vocalías:
Primera: José Ortiz Mallol, persona representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.
Segunda: Jesús García Martínez, persona que ostenta funciones correspondientes al control económico-presupuestario de la Agencia, de conformidad con la Instrucción 1/2014, de 10 de julio de la Intervención General de la Junta de Andalucía sobre los procedimientos de control financiero y sus informes.
Tercera: Rocío Gálvez Manzano, Técnico de la Jefatura de Teleasistencia.
Cuarta: Covadonga Terceño Bouza, Técnico de la Oficina Jurídica y de Contratación.

Secretaria: Tania Vela Gómez, Técnico de la Jefatura de Servicios Generales y Atención a la Ciudadanía

Iniciada la sesión, se exponen las últimas circunstancias acaecidas en relación con el presente procedimiento de contratación:

Primero.- El día 19 de diciembre de 2019 fue aceptada por el órgano de contratación de la Agencia la propuesta de adjudicación del citado contrato a PROAZIMUT, S.L., entidad que ha obtenido mayor puntuación en el total de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación.

Segundo.- En la misma fecha -previa aceptación por el órgano de contratación de la propuesta elevada por la mesa, conforme establece el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público-, fue requerida a la referida entidad la documentación previa a la adjudicación del contrato.

El plazo para la presentación de la misma finalizaba el día 27 de diciembre de 2019, a las 14:00 horas, de conformidad con el artículo 119 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dada la tramitación del expediente con carácter de urgencia por las circunstancias que constan en el mismo.

Tercero.- Dada la urgencia en la tramitación del procedimiento, el día 23 de diciembre de 2019 se convocó la mesa de contratación para su celebración el día 27 de diciembre a las 9:30 horas, para el caso de que la entidad hubiese aportado la documentación para entonces, convocándose como presidenta suplente -en cumplimiento de la Resolución de 9 de noviembre de 2019 de la Dirección-Gerencia, anteriormente citada, que atribuye la suplencia de la presidencia de la mesa a la persona titular de la Secretaría General- a doña Marta Cáceres Armendáriz, Directora del Área de Drogodependencia e Inclusión Social, en su calidad en aquel momento de *"suplente en el ejercicio de las competencias propias o delegadas atribuidas a la persona titular de la Secretaría General durante el tiempo en que el puesto esté vacante"*, conforme a Resolución de la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, de 3 de diciembre de 2019.

Cuarto.- Llegado el día 27 de diciembre, se comunicó telefónicamente por la entidad que la documentación no podría ser entregada en el Registro hasta el final de la mañana, circunstancia que se puso en conocimiento de los integrantes de la mesa de contratación.

Una vez recibida la documentación en el Registro Auxiliar de los Servicios Centrales de la Agencia, se reunió la mesa de contratación, en una segunda convocatoria, a las 14:00 horas, con la asistencia de:

Presidente suplente: Marta Cáceres Armendáriz.

Vocalías:
Primera: José Ortiz Mallol, persona representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.
Suplente de la segunda vocalía: Jesús García Martínez, persona que ostenta funciones correspondientes al control económico-presupuestario de la Agencia, de conformidad con la Instrucción 1/2014, de 10 de julio de la Intervención General de la Junta de Andalucía sobre los procedimientos de control financiero y sus informes.
Tercera: Rocío Gálvez Manzano, Técnico de la Jefatura de Teleasistencia.
Cuarta: Covadonga Terceño Bouza, Técnico de la Oficina Jurídica y de Contratación.

Secretaria: Tania Vela Gómez, Técnico de la Jefatura de Servicios Generales y Atención a la Ciudadanía.

De la documentación aportada (Escritura Pública de 9 de julio de 1997, otorgada ante el notario Joaquín Serrano Valverde, número mil novecientos sesenta y uno de protocolo, de modificación de estatutos), resulta que **PROAZIMUT, S.L.** está integrada por INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZA, S.A. (que cuenta con 46 participaciones sociales) y ASAENES, ASOCIACIÓN DE ALLEGADOS DE ENFERMOS ESQUIZOFÉNICOS (que cuenta con 1 participación social). Se constata que la citada Sociedad Anónima está participada en un 47,5 % por la FUNDACIÓN ANDALUZA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL ENFERMO MENTAL. FAISEM, conforme consta en la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2018.

Por el representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación se expone una reflexión sobre el cumplimiento material del principio de igualdad en la adjudicación de contratos públicos cuando concurren a una licitación abierta convocada por una Agencia Pública Andaluza, entidades participadas directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje que si bien no alcanza el 50% y por ende no permite que sean calificadas como sociedad mercantil del sector público andaluz (art. 5.,1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de La Hacienda Pública de la Junta de Andalucía), sí que alcanza una cuota tan significativa como el 47%. Con ello, el Letrado no duda de la objetividad del análisis de los juicios de valor, pero advierte que la financiación pública de tales entidades necesariamente incide en la oferta que puedan realizar. El Letrado de la Junta de Andalucía recuerda cómo viene realizando desde años anteriores esta advertencia a la ASSDA en procedimientos análogos al que ahora licita. Ante preguntas de los asistentes, el citado Letrado advierte que, no obstante lo indicado, y en atención a su no consideración como empresa del sector público andaluz, formalmente no tiene argumentos para oponerse a la propuesta de adjudicación en favor de la citada mercantil como la que tiene mayor puntuación según pliego.

Expuesta dicha cuestión y dada la hora, no fue posible analizar la documentación aportada detenidamente por todos los miembros de la mesa, por lo que se acordó volverse a reunir para abordar la cuestión expuesta por el representante de la Asesoría Jurídica y analizar debidamente la documentación aportada por la entidad.

Quinto.- Con posterioridad a la sesión, se constata que el día 26 de diciembre de 2019 don Emiliano Cardenal Piris había sido designado Secretario General de la Agencia, ostentando por tanto él desde dicha fecha la condición de Presidente suplente de la mesa, y no la asistente el día 27 de diciembre Marta Cáceres Armendáriz.

De acuerdo con artículo 6 (funcionamiento de las Mesas de contratación) del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados *"para la válida constitución de las Mesas de contratación deberán estar presentes la mayoría absoluta de los miembros o sus suplentes y, en todo caso, las personas titulares de la Presidencia, de la Secretaría y los dos vocales que tengan atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano".*

En virtud del mismo, la mesa de contratación celebrada el día 27 de diciembre no fue válidamente constituida, debiendo por ello celebrarse de nuevo, lo que tiene lugar en el día de hoy.

Sexto.- No obstante lo anterior, ante las manifestaciones realizadas por el representante de la Asesoría Jurídica, por la Dirección-Gerencia de la Agencia fue solicitado con fecha 2 de enero de 2020 a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía pronunciamiento acerca de los extremos advertidos por aquél ***"en torno a la posible vulneración del principio de igualdad en la adjudicación de este contrato público a una entidad participada directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje inferior al 50%"***, de conformidad con el artículo 150.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en virtud del cual *"Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo".*

Conforme a dicho precepto, el procedimiento de contratación quedó suspendido hasta la emisión del pronunciamiento solicitado, circunstancia que fue puesto en conocimiento de la mesa de contratación.

Séptimo.- Asimismo, en relación con el pronunciamiento solicitado a la Agencia de Defensa de la Competencia, se requirió a PROAZIMUT, S.L., en escrito notificado el día 8 de enero de 2020, la presentación de *"certificación del órgano de administración de la sociedad sobre la **composición actual del capital social**"*. El 9 de enero se recibe en el Registro Auxiliar de los Servicios Centrales de la Agencia certificado del Administrador Único de la entidad, de fecha 8 de enero de 2020 en el que consta que el capital social de PROAZIMUT, S.L., a dicha fecha, está totalmente suscrito y desembolsado por INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZAS, S.A.

Octavo.- El 13 de enero de 2020 se recibió en el Registro Auxiliar de los Servicios Centrales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, respuesta del Director del Departamento de Investigación de la **Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía**, don Alfonso López-Escobar Anguiano, con el siguiente tenor literal:

"Con fecha 2 de enero de 2020 se ha recibido en la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) un escrito de la Directora Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (en adelante, ASSDA), en el que se solicita de la ADCA, en atención a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 150.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que se pronuncie acerca de los extremos advertidos por el representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en torno a la posible vulneración del principio de igualdad en la adjudicación de un contrato público a una entidad participada directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje inferior al 50%.

La cuestión sobre la que se solicita el pronunciamiento de la ADCA se plantea en los siguientes términos:

"Reunida la mesa de contratación el día 27 de diciembre de 2019 para valorar la documentación aportada por la entidad, se comprueba que PROAZIMUT, S.L. está integrada por INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZA, S.A. (que cuenta con 46 participaciones sociales y ASAENES, ASOCIACIÓN DE ALLEGADOS DE ENFERMOS ESQUIZOFRÉNICOS (que cuenta con una participación social). Se constata que la citada Sociedad Anónima está participada en un 47,5% por la FUNDACIÓN ANDALUZA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL ENFERMO MENTAL (FAISEM). En este punto se hace constar en acta «Por el representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación se expone una reflexión sobre el cumplimiento material del principio de igualdad en la adjudicación de contratos públicos cuando concurren a una licitación abierta convocada por una Agencia Pública Andaluza, entidades participadas directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje que si bien no alcanza el 50% y por ende no permite que sean calificadas como sociedad mercantil público andaluz (art. 5.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía), sí que alcanza una cuota tan significativa como el 47%. Con ello, el Letrado no duda de la objetividad del análisis de los juicios de valor, pero advierte que la financiación pública de tales entidades necesariamente incide en la oferta que puedan realizar. El Letrado de la Junta de Andalucía recuerda cómo viene realizando desde años anteriores esta advertencia a la ASSDA en procedimientos análogos al que ahora licita. Ante preguntas de los asistentes, el citado Letrado advierte que, no obstante lo indicado, y en atención a su no consideración como empresa del sector público andaluz, formalmente no tiene argumentos para oponerse a la propuesta de adjudicación en favor de la citada mercantil como la que tiene mayor puntuación según pliego»."

En cuanto al fundamento jurídico de la solicitud, conviene recordar que la entrada en vigor del párrafo tercero del artículo 150.1 de la LCSP se halla condicionada por su desarrollo reglamentario, en virtud de lo establecido por la disposición final decimosexta de dicha Ley:

> *"El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo."*

Dado que dicho desarrollo reglamentario aún no se ha producido, el mencionado párrafo tercero del artículo 150.1 no se encuentra actualmente en vigor y, por ello, las autoridades de competencia, entre las que se encuentra la ADCA, carecen de habilitación para emitir pronunciamientos al respecto.

En todo caso, cabe significar que inicialmente, en los términos planteados por la ASSDA, ***no se aprecian indicios de conductas colusorias en el asunto objeto de la presente comunicación, sin que tampoco se advierta una restricción a la libre competencia en el referido procedimiento de contratación.*** *Así, de las manifestaciones realizadas por el Letrado de la Junta de Andalucía que forma parte de la Mesa de Contratación no se infiere que los pliegos por lo que se rige la misma hayan exigido requisitos desproporcionados para disuadir a posibles empresas interesadas de acudir a la licitación; tampoco*

se deduce que en dichos pliegos ni en su aplicación se haya discriminado positivamente a la empresa participada por la Administración de la Junta de Andalucía, en perjuicio de otros competidores, puesto que no se pone en duda "la objetividad del análisis de los juicios de valor". Asimismo, no se constata que haya existido impugnación alguna de los citados pliegos ni de la admisión de las empresas participantes en la licitación.

Por tanto, la cuestión debatida parece quedar reducida a determinar si la admisión de una empresa que no forma parte del sector público andaluz, pero que se encuentra participada por la Adminsitración de la Junta de Andalucía en un porcentaje cercano al 50%, sería contraria a la libre competencia por infringir materialmente el principio de igualdad, en la medida en que la financiación pública de la que goza podría incidir en la oferta presentada.

Sobre tal cuestión cabe manifestar que tanto la legislación estatal, fundamentalmente la LCSP, como la normativa autonómica, parten de la posibilidad de que las Administraciones Públicas participen en concurrencia con las entidades privadas o particulares para la licitación y adjudicación de obras, bienes o servicios a través de procedimientos de contratación pública, siguiendo el reconocimiento que en tal sentido ha efectuado la jusriprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 6 de octubre de 2015 – asunto C-203/14). Como contrapunto, la LCSP ha regulado de forma rigurosa los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, siguiendo los criterios fijados por la Directiva comunicaria 2014/24/UE, sobre contratación pública. Con todo ello se ha tratado de conseguir un punto de equilibrio que, garantizando la posibilidad de las entidades públicas de actuar como operadores económicos, no desvirtuara una competencia libre y efectiva entre empresas.

En este sentido, si en la búsqueda de una pretendida igualdad material se realizara una interpretación extensiva del concepto de sociedad mercantil del sector público hasta comprender a las entidades participadas en menos de un 50% por las Administraciones Públicas, podría alterarse la situación de equilibrio legalmente diseñada. La mera posiblidad de que una sociedad participada por la Administración, incluso en un porcentaje inferior al legalmente establecido, resultara excluida de una licitación pública podría generar, además de inseguridad jurídica, que se desincentivara a los operadores económicos interesados en colaborar con las Administraciones Públicas mediante la constitución de sociedades mercantiles. Por tanto, ello podría ocasionar, frente a inicialmente pretendido, una restricción de la competencia.

Por todo lo expuesto, aunque la ADCA no puede pronunciarse sobre la cuestión planteada por la ASSDA en los términos previstos en el párrafo tercero del artículo 150.1 de la LCSP, de la información trasladada se deduce incialmente que no se constata la existencia de conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia."

(Se adjunta la respuesta de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía como Anexo del presente Acta).

Noveno.- Recibida la respuesta de dicho organismo, el 14 de enero de 2020 se notifica nuevo requerimiento a PROAZIMUT, S.L. en los siguientes términos: *"se le requiere para que aclare la titularidad real de dicha entidad* (INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZAS, S.A), *esto es, la composición de su capital social, dado que ostenta el control de la licitadora PROAZIMUT, S.L.U., toda vez que a los efectos de dilucidar la adjudicación del procedimiento de contratación en cuestión es necesario determinar quien ostenta el control efectivo de la entidad licitadora. En consceuencia se le requiere para que aporten documentación acreditativa de la titularidad real del capital social de INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZAS, S.A."*

Se concedía a la entidad un plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a la notificación para aportar la documentación requerida.

Décimo.- El día 16 de enero de 2020 tiene entrada en el Registro Auxiliar de los Servicios Centrales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía certificado de la misma fecha suscrito por don Felipe A. Zamorano Flores, en calidad de Secretario de INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZAS, S.A. con el visto bueno de don Sergio González Álvarez, en calidad de Presidente de la entidad, con el siguiente contenido:

"D. Felipe A. Zamorano Flores, Secretario del Consejo de Administración de la Mercantil denominada INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZAS, Sociaedad Anónima, de nacionalidad española, domiciliada en Sevilla, calle Automoción nº 5 del Polig. Calonge, inscrita en el Registro Mercantil de Sevilla, Tomo 1282, Folio 147, Hoja SE-1476, con CIF A-41431891.

CERTIFICO

Que según resulta del Libro de Socios, el Capital Social de la Entidad se encuentra distribuido de la siguiente forma, debidamente suscrito y desembolsado:

GRUPO ILUNION, S.L., es titular de 549 acciones nominativas que representan el 48,84% del Capital Social y tienen un valor nominal de 1.237.446 euros.

FUNDACIÓN PÚBLICA ANDALUZA para la INTEGRACIÓN SOCIAL de PERSONAS con ENFERMEDAD MENTAL, FAISEM es titular de 534 acciones nominativas, que representan el 47,51% del Capital Social y tienen un valor nominal de 1.203.636 euros.

Federación Andaluza de Familiares y Personas con Enfermedad Mental de Andalucía (FEAFES-ANDALUCIA), es titular de 40 acciones nominativas, que representan el 3,56% del Capital Social y tienen un valor nominal de 90.160 euros.

ASAENES SALUD MENTAL SEVILLA es titular de 1 acción nominativa, que representa el 0,09% del Capital Social con un valor nominal de 2.254 euros.

Lo que certifico a los efectos oportunos en Sevilla, a dieciséis de enero de dos mil veinte."

Decimoprimero.- El día 20 de enero de 2020 -levantada ya la suspensión del procedimiento- se convoca la mesa de contratación para -previa exposición de las circunstancias acontecidas- analizar y valorar la documentación previa a la adjudicación del contrato aportada por PROAZIMUT, S.L., a lo que seguidamente de procede, con el siguiente resultado:

- En relación con la documentación acreditativa de la capacidad para contratar, ha sido aportada Escritura Pública de 9 de julio de 1997, de modificación de estatutos (anteriormente citada), pero no se aporta la escritura pública de constitución de la entidad. Dado que la misma ha sido aportada en anteriores procedimientos de contratación tramitados por esta Agencia, se acuerda por la mesa incorporar de oficio al presente expediente copia de dicha escritura.

Se constata que no ha sido aportada la Certificación de no estar incursa en incompatibilidad para contratar prevista en el Anexo XIII del pliego de cláusulas administrativas particulares, que se exige en el apartado 10.7 a) de éste, por lo que debe requerirse su presentación.

- En relación con la documentación relativa al Impuesto para Actividades Económicas no ha sido aportada la declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del impuesto, conforme exige el apartado 10.7 h) del pliego de cláusulas administrativas particulares y que, por tanto, debe requerirse.

En consecuencia, la mesa de contratación

ACUERDA

Primero.- Requerir a la entidad PROAZIMUT, S.L. que en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la correspondiente notificación, subsane las cuestiones anteriormente indicadas.

Segundo.- Convocar a la mesa de contratación para la valoración de la documentación que aporte la entidad en respuesta al requerimiento anteriormente indicado.

Se levanta la sesión, siendo las 14:15 horas del día señalado en el encabezamiento, extendiéndose la presente acta, con el visto bueno del Presidente, de cuyo contenido doy fe.

Vº Bº EL PRESIDENTE LA SECRETARIA

Fdo. Cayetano García de la Borbolla Carrero Fdo. Tania Vela Gómez

JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO, EMPRESAS Y UNIVERSIDAD
Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía
SALIDA 13 ENE. 2020
Registro General 11 Sevilla

Agencia de Servicios Sociales
y Dependencia de Andalucía
Directora Gerente
C/ Seda, 5
41071 Sevilla

JUNTA DE ANDALUCIA
RECEPCIÓN 13 ENE 2020
Registro General 349 Sevilla Hora

Con fecha 2 de enero de 2020 se ha recibido en la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) un escrito de la Directora Gerente de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (en adelante, ASSDA), en el que se solicita de la ADCA, en atención a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 150.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que se pronuncie acerca de los extremos advertidos por el representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en torno a la posible vulneración del principio de igualdad en la adjudicación de un contrato público a una entidad participada directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje inferior al 50%.

La cuestión sobre la que se solicita el pronunciamiento de la ADCA se plantea en los siguientes términos:

> *"Reunida la mesa de contratación el día 27 de diciembre de 2019 para valorar la documentación aportada por la entidad, se comprueba que PROAZIMUT, S.L. está integrada por INICIATIVAS DE EMPLEO ANDALUZA, S.A. (que cuenta con 46 participaciones sociales y ASAENES, ASOCIACIÓN DE ALLEGADOS DE ENFERMOS ESQUIZOFRÉNICOS (que cuenta con una participación social). Se constata que la citada Sociedad Anónima está participada en un 47,5% por la FUNDACIÓN ANDALUZA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DEL ENFERMO MENTAL (FAISEM). En este punto se hace constar en acta «Por el representante de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación se expone una reflexión sobre el cumplimiento material del principio de igualdad en la adjudicación de contratos públicos cuando concurren a una licitación abierta convocada por una Agencia Pública Andaluza, entidades participadas directa o indirectamente por la Junta de Andalucía en un porcentaje que si bien no alcanza el 50% y por ende no permite que sean calificadas como sociedad mercantil del sector público andaluz (art. 5.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía), sí que alcanza una cuota tan significativa como el 47%. Con ello, el Letrado no duda de la objetividad del análisis de los juicios de valor, pero advierte que la financiación pública de tales entidades necesariamente incide en la oferta que puedan realizar. El Letrado de la Junta de Andalucía recuerda cómo viene realizando desde años anteriores esta advertencia a la ASSDA en procedimientos análogos al que ahora licita. Ante preguntas de los asistentes, el citado Letrado advierte que, no obstante lo indicado, y en atención a su no consideración como empresa del sector público andaluz, formalmente no tiene argumentos para oponerse a la propuesta de adjudicación en favor de la citada mercantil como la que tiene mayor puntuación según pliego»."*

En cuanto al fundamento jurídico de la solicitud, conviene recordar que la entrada en vigor del párrafo tercero del artículo 150.1 de la LCSP se halla condicionada por su desarrollo reglamentario, en virtud de lo establecido por la disposición final decimosexta de dicha Ley:

> *"El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo."*

Dado que dicho desarrollo reglamentario aún no se ha producido, el mencionado párrafo tercero del artículo 150.1 no se encuentra actualmente en vigor y, por ello, las autoridades de competencia, entre las que se encuentra la ADCA, carecen de habilitación para emitir pronunciamientos al respecto.

En todo caso, cabe significar que inicialmente, en los términos planteados por la ASSDA, no se aprecian indicios de conductas colusorias en el asunto objeto de la presente comunicación, sin que tampoco se advierta una restricción a la libre competencia en el referido procedimiento de contratación. Así, de las manifestaciones realizadas por el Letrado de la Junta de Andalucía que forma parte de la Mesa de Contratación no se infiere que los pliegos por los que se rige la misma hayan exigido requisitos desproporcionados para disuadir a posibles empresas interesadas de acudir a la licitación; tampoco se deduce que en dichos pliegos ni en su aplicación se haya discriminado positivamente a la empresa participada por la Administración de la Junta de Andalucía, en perjuicio de otros competidores, puesto que no se pone en duda "la objetividad del análisis de los juicios de valor". Asimismo, no se constata que haya existido impugnación alguna de los citados pliegos ni de la admisión de las empresas participantes en la licitación.

Por tanto, la cuestión debatida parece quedar reducida a determinar si la admisión de una empresa que no forma parte del sector público andaluz, pero que se encuentra participada por la Administración de la Junta de Andalucía en un porcentaje cercano al 50%, sería contraria a la libre competencia por infringir materialmente el principio de igualdad, en la medida en que la financiación pública de la que goza podría incidir en la oferta presentada.

Sobre tal cuestión cabe manifestar que tanto la legislación estatal, fundamentalmente la LCSP, como la normativa autonómica, parten de la posibilidad de que las Administraciones Públicas participen en concurrencia con las entidades privadas o particulares para la licitación y adjudicación de obras, bienes o servicios a través de procedimientos de contratación pública, siguiendo el reconocimiento que en tal sentido ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 6 de octubre de 2015 - asunto C-203/14). Como contrapunto, la LCSP ha regulado de forma rigurosa los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, siguiendo los criterios fijados por la Directiva comunitaria 2014/24/UE, sobre contratación pública. Con todo ello se ha tratado de conseguir un punto de equilibrio que, garantizando la posibilidad de las entidades públicas de actuar como operadores económicos, no desvirtuara una competencia libre y efectiva entre empresas.

En este sentido, si en la búsqueda de una pretendida igualdad material se realizara una interpretación extensiva del concepto de sociedad mercantil del sector público hasta comprender a las entidades participadas en menos de un 50% por las Administraciones Públicas, podría alterarse la situación de equilibrio legalmente diseñada. La mera posibilidad de que una sociedad participada por la Administración,

incluso en un porcentaje inferior al legalmente establecido, resultara excluida de una licitación pública podría generar, además de inseguridad jurídica, que se desincentivara a los operadores económicos interesados en colaborar con las Administraciones Públicas mediante la constitución de sociedades mercantiles. Por tanto, ello podría ocasionar, frente a inicialmente pretendido, una restricción de la competencia.

Por todo lo expuesto, aunque la ADCA no puede pronunciarse sobre la cuestión planteada por la ASSDA en los términos previstos en el párrafo tercero del artículo 150.1 de la LCSP, de la información trasladada se deduce inicialmente que no se constata la existencia de conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Sevilla, 13 de enero de 2019.
El Director del Departamento de Investigación

Alfonso López-Escobar Anguiano

Avda. de la Borbolla, 1, 1ª Planta, 41004, Sevilla
Telf.:955 40 77 21