

## RESOLUCIÓ DE LA SINDICATURA DE GREUGES

### QUEIXA RELATIVA AL DRET A UNA BONA ADMINISTRACIÓ (CONTRACTACIÓ I GESTIÓ DE SERVEIS)

#### ANTECEDENTS

##### Descripció dels fets objecte de la queixa

El 31 de gener de 2023 un ciutadà, en nom i representació d'una cooperativa, va presentar una queixa en aquesta Sindicatura en què manifestava la seva disconformitat per la manca de resposta a diversos escrits presentats davant l'Institut Municipal de l'Habitatge i Rehabilitació de Barcelona (IMHAB), relatius a un procediment de contractació mitjançant concurs públic.

El concurs es va publicar en el perfil de contractant de l'IMHAB el 9 de maig del 2019 i tenia per objecte la transmissió onerosa i la constitució d'un dret de superfície sobre béns patrimonials per destinar-los a la promoció, la construcció i la gestió d'habitatges per part de les cooperatives d'habitatge en règim de cessió d'ús (cohabitatge), en tres lots.

Després de seguir els tràmits oportuns, l'entitat que l'interessat representa va ser proposada com a adjudicatària del lot 3 per a la promoció de 27 habitatges de protecció oficial a la Trinitat Nova, Barcelona.

Mentre el procediment de contractació es trobava en fase de comprovació de l'aptitud i la solvència de l'entitat, l'IMHAB va tenir coneixement d'algunes informacions que les podien posar en entredit: d'una banda, la publicació als mitjans d'unes presumptes irregularitats comeses per l'entitat i el seu representant legal en altres projectes, i, de l'altra, l'inici d'un conflicte entre la cooperativa i la Federació de Cooperatives d'Habitatges de Catalunya (FCHC), que va acabar amb la seva expulsió. La licitud de l'expulsió va ser confirmada per una sentència de la jurisdicció mercantil de Barcelona.

Fins al moment en què la cooperativa presenta aquesta queixa, en el marc del **lot 3 del procediment de contractació**, l'IMHAB i la cooperativa van dur a terme les actuacions següents:

- 6 d'agost de 2020: l'IMHAB comunica a la cooperativa la proposta d'adjudicació del lot 3 al seu favor i li requereix que aporti una documentació determinada dins del termini de tres mesos.
- 22 de setembre de 2020: s'envia la documentació a l'IMHAB.
- 25 de setembre de 2020: l'IMHAB en confirma la recepció correcta.

- 9 d'octubre de 2020: la cooperativa demana quina és la data prevista per formalitzar l'adjudicació.
- 27 d'octubre de 2020: l'IMHAB respon que no hi ha una data prevista i que es farà una reunió telemàtica per comentar la documentació en revisió.
- 10 de desembre de 2020: se celebra una reunió telemàtica entre les parts.
- 22 de febrer de 2021: la cooperativa demana a l'IMHAB la previsió per avançar en la formalització de l'adjudicació.
- 12 de març de 2021: la mesa de contractació es reuneix i acorda suspendre el procediment fins que l'entitat enllesteixi satisfactòriament un requeriment addicional d'informació a la cooperativa.
- 16 de març de 2021:
  - o es publica el decret de suspensió del procediment en el perfil de contractant.
  - o L'IMHAB envia una notificació en què informa de l'apertura d'un procés de verificació i revisió de l'aptitud de l'entitat per fer contractes amb l'Administració, així com de la viabilitat de la seva proposta.
- 29 de març de 2021: s'envia un requeriment a la cooperativa perquè justifiqui documentalment que ni el representant legal ni l'entitat (entesa com l'organització actual o bé com qualsevol organització precedent) es troben dins de cap supòsit de prohibició de fer contractes amb l'Administració, així com perquè aporti diverses informacions per acreditar la seva aptitud i solvència.
- 7 d'abril de 2021: la cooperativa sol·licita una ampliació de termini.
- 12 d'abril de 2021: la cooperativa aporta documentació.
- 19 d'abril de 2021: la cooperativa registra un escrit d'al·legacions, manifesta la seva disconformitat amb el requeriment i sol·licita a l'IMHAB que acordi l'adjudicació del contracte al seu favor.
- 22 d'abril de 2021: la cooperativa aporta documentació addicional.
- 19 de juliol de 2022: la cooperativa envia un correu a la Regidoria d'Habitatge en què demana informació sobre el procediment i ofereix la seva disponibilitat per a una reunió encaminada a reprendre l'adjudicació del contracte.
- 21 de juliol de 2022: la Regidoria d'Habitatge lamenta la demora i informa que els contactaran de l'IMHAB.
- 2 de setembre de 2022: la cooperativa reitera la seva petició a la Regidoria d'Habitatge.
- 5 de desembre de 2022: la cooperativa registra un escrit d'al·legacions i sol·licita a l'IMHAB una resolució expressa sobre l'adjudicació del contracte al seu favor.

Pel que fa a l'**expedient sancionador contra la cooperativa en el si de la Federació de Cooperatives d'Habitatges de Catalunya (FCHC)**, es van fer les actuacions següents:

- 19 de desembre de 2020: un soci de la cooperativa va comunicar a l'FCHC unes irregularitats comeses per l'entitat durant l'execució d'un projecte d'habitatges a Arenys de Mar.
- 1 de febrer de 2021: el consell rector de l'FCHC va acordar l'apertura d'un expedient sancionador a la cooperativa.
- 10 de febrer del 2021: la cooperativa remet per correu electrònic a l'FCHC la seva decisió de baixa de la federació.
- 19 de febrer de 2021: el Síndic de Greuges de Catalunya no admet la queixa presentada per la cooperativa contra l'FCHC en tractar-se d'un conflicte privat fora de l'abast de les seves competències.
- 8 de juny de 2021: un cop fets els tràmits previs corresponents, l'FCHC acorda l'expulsió de l'entitat com a sanció per la comissió de faltes tipificades com a molt greus.
- Juny del 2021: la cooperativa impugna l'acord d'expulsió davant la jurisdicció mercantil.
- 12 de setembre de 2022: s'emet una sentència de desestimació.

En el moment d'interposar la queixa, la cooperativa no havia rebut cap resposta de l'IMHAB ni s'havia reprès el procediment de contractació, que continuava suspès.

### **Actuacions fetes**

Admesa a tràmit la queixa, la Sindicatura va iniciar la instrucció de l'expedient. Va estudiar els fets i la legislació aplicable, amb la finalitat de valorar si s'havien aplicat els **principis de bona administració** per a la salvaguarda dels drets fonamentals a la ciutat.

Després d'examinar el contingut de la queixa i la documentació aportada per la persona interessada, es va considerar convenient dirigir-se a l'**Institut Municipal de l'Habitatge i Rehabilitació de Barcelona (IMHAB)** per tal de conèixer les intervencions fetes en relació amb la queixa presentada.

El dia 9 de febrer de 2023, es va sol·licitar a aquest organisme la informació necessària per a l'estudi de la queixa.

### **Resposta dels òrgans afectats**

El dia 29 de març de 2023, aquesta Sindicatura va rebre la informació sol·licitada. L'escrit exposa la tramitació donada a l'expedient i se n'adjunta la còpia, i s'hi inclouen les actuacions dutes a terme després que es presentés aquesta queixa.

## CONSIDERACIONS

### 1. Àmbit subjectiu: l'IMHAB, entitat pública empresarial local

D'acord amb els estatuts de l'Institut Municipal de l'Habitatge i Rehabilitació de Barcelona (IMHAB), originàriament anomenat Patronat Municipal de l'Habitatge de Barcelona, aquest ens públic municipal revesteix la forma jurídica d'**entitat pública empresarial (EPE)** local.

Les EPE es regulen en els articles 103 i següents de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que les defineix com a entitats de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia, patrimoni propi i autonomia en la gestió, que es financen majoritàriament amb ingressos de mercat i que, juntament amb l'exercici de potestats administratives, fan activitats prestacionals, de gestió de serveis o de producció de béns d'interès públic, susceptibles de contraprestació.

Les EPE es regeixen pel dret privat, excepte en la formació de la voluntat dels seus òrgans, en l'exercici de les potestats administratives que tinguin atribuïdes i en els aspectes regulats específicament per a les EPE la dita llei, en la seva llei de creació, els seus estatuts, la Llei del procediment administratiu comú, el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, la Llei 33/2003, de 3 de novembre, i la resta de normes de dret administratiu general i especial que els siguin aplicables.

En aquest punt convé fer referència a la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual 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 (d'ara endavant, LCSP). Aquesta norma distingeix, quant al seu àmbit subjectiu, entre tres nivells d'aplicació:

- a) poder adjudicador que és Administració pública,
- b) poder adjudicador que no és Administració pública, i
- c) sector públic que no es considera poder adjudicador.

Cadascun d'aquests tres grups tenen un nivell diferent de subjecció a la LCSP, de més a menys intens. Els primers tenen el nivell de subjecció més alt, mentre que els del sector públic que no són poder adjudicador, el més baix.

Quant al cas concret de les EPE, estan dins del primer grup (Administració pública) si compleixen els tres requisits següents:

- Que reuneixin les condicions establertes pel dret comunitari per ser "organisme de dret públic" (és a dir, que tingui personalitat jurídica pròpia; que s'hagi creat específicament per satisfer necessitats d'interès general, i que l'Administració pública de la qual depèn el finançament majoritàriament, en supervisi la gestió o nomeni més de la meitat dels membres del seu òrgan d'administració).

- Que estiguin vinculades a un o diversos poders adjudicadors de tipus “Administració pública” o en siguin dependents.
- Que no es financin majoritàriament amb ingressos de mercat.

En el supòsit d'una EPE que no compleixi un dels tres requisits esmentats, es considera “**poder adjudicador que no és Administració pública**”, i aquest és el cas de l'IMHAB, atès que es finança majoritàriament amb ingressos de mercat.

## **2. Règim jurídic del contracte privat**

L'objecte del concurs és **la transmissió onerosa i la constitució d'un dret de superfície sobre béns patrimonials**. D'acord amb l'article 9 de la LCSP, estan excloses de l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei les relacions jurídiques, els negocis i els contractes exclosos en l'àmbit del domini públic i l'àmbit patrimonial. No obstant això, s'hi indica que s'aplicaran els principis de la LCSP per resoldre dubtes i llacunes.

Així mateix, l'article 26.b) estableix com a contractes privats tots els que subscriuen entitats del sector públic que són poder adjudicador però no reuneixin la condició d'administracions públiques, com ara l'IMHAB.

Per tant, cal concloure que **el contracte objecte de la queixa és un contracte privat** i no un contracte administratiu.

La distinció entre contractes administratius i contractes privats té una gran rellevància pel que fa al règim jurídic. Així, els contractes administratius es regeixen, quant a la preparació, l'adjudicació, els efectes, la modificació i l'extinció, per la LCSP i les seves disposicions de desplegament; supletòriament, s'hi aplica la resta de normes de dret administratiu i, si no n'hi ha, les normes de dret privat.

En canvi, els contractes privats es regeixen per la LCSP pel que fa a la preparació i l'adjudicació. Però els efectes i l'extinció es regeixen pel dret privat, tot i que s'hi apliquen determinats articles de la LCSP sobre obligacions en matèria mediambiental, social o laboral o en matèria de modificacions contractuals, entre d'altres (art. 319 LCSP).

El doble règim jurídic dels contractes privats entronca directament amb la doctrina jurisprudencial dels actes separables de l'Administració.

A títol d'exemple, l'STS de 25 de juny de 2002, en relació amb un contracte privat d'un ens del sector públic, assenyala:

[...] han de considerarse actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato y, en consecuencia, dichos actos están sujetos a las reglas generales del derecho administrativo a que hace referencia el artículo 10 del texto reglamentario mencionado [...]. En efecto, las actuaciones preparatorias que conforman el

procedimiento para la selección del contratista son separables del negocio jurídico, con arreglo a una vieja construcción jurisprudencial. Así pues, estos actos que por su naturaleza intrínseca son administrativos, en el sentido estricto de la expresión, pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, juez común de las Administraciones públicas, como pone de relieve el art. 106 de la Constitución. La convocatoria y la adjudicación del concurso forman parte de este grupo y, por ello, su enjuiciamiento no cabe deferirlo al orden jurisdiccional civil.

Aquesta doctrina dels actes separables es recull en l'article 27 de la LCSP, que disposa que són competència de l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu les qüestions relatives a la preparació i l'adjudicació dels contractes privats de les administracions públiques, dels poders adjudicadors que són Administració pública, i dels poders adjudicador que no són Administració pública. Complementàriament, el mateix precepte estableix que l'ordre jurisdiccional civil és el competent per resoldre les controvèrsies que se suscitin entre les parts en relació amb els efectes i l'extinció dels contractes esmentats.

Així, és evident, tal com es desprèn de les bases del concurs públic mitjançant el qual es va licitar el contracte, que, quant als fons del contracte, hi és aplicable la normativa de patrimoni i la legislació urbanística, però **respecte de la preparació i l'adjudicació s'hi aplica la LCSP**.

### **3. Interès públic i decisió de no adjudicar o celebrar el contracte**

L'article 152 de la LCSP preveu la possibilitat que l'òrgan de contractació desisteixi del procediment d'adjudicació o decideixi no adjudicar o subscriure un contracte del qual s'hagi efectuat la convocatòria corresponent, amb subjecció a les condicions següents:

- La decisió només es pot adoptar abans de la formalització.
- Cal que hi concorrin raons d'interès públic degudament justificades en l'expedient.
- No es podrà promoure una nova licitació del seu objecte mentre subsisteixin les raons al·legades per fonamentar la decisió.
- Cal notificar la decisió als candidats o licitadors.
- Cal compensar els candidats aptes per participar en la licitació o als licitadors per les despeses en què hagin incorregut en la forma prevista en l'anunci o en el plec. En el cas que ens ocupa es va establir una prima de participació de 3.000 euros (base 5.2.2).

D'acord amb la documentació que es troba en l'expedient, l'IMHAB, com a òrgan de contractació, justifica la seva decisió de no adjudicar el contracte per la gravetat d'una informació fefaent sobre unes actuacions judicials iniciades contra l'entitat, de la qual ha tingut constància, a més de les informacions periodístiques publicades ja indicades, referents a presumptes males pràctiques en la gestió de diversos casos de la cooperativa en altres municipis de Catalunya.

Aquesta informació és la següent:

- a) Expedient d'expulsió de la Federació de Cooperatives d'Habitatges de Catalunya (FCHC) que va acabar-se amb una resolució del 8 de juny de 2021, en haver-se acreditat la comissió de faltes molt greus.

La licitud d'aquesta sanció va ser confirmada per la sentència esmentada, de 12 de setembre, del Jutjat Mercantil núm. 06 de Barcelona, que va desestimar íntegrament la demanda interposada per l'entitat, amb la imposició expressa de costes.

En la sentència es fa constar expressament que:

[...] les proves testificals dels socis de la demandant [...] [evidencien] de forma abrumadora l'existència d'irregularitats molt significatives, totes elles lligades al procés de començament de l'edificació dels habitatges, ni tan sols posat en marxa, i a la forma en què la demandada permet, en el seu cas, l'exercici del dret d'informació del soci [...].

I també que:

[...] Es constata que les irregularitats denunciades són contràries als principis cooperatius, doncs suposen la negació del principi democràtic, comprometen greument el dret d'informació dels socis i, donada la situació actual d'impossibilitat en el compliment del propòsit final de la cooperativa, això és, la construcció d'habitatge, suposen la frustració del fi social en perjudici dels drets econòmics dels seus membres cooperativistes [...].

- b) Obertura de diligències prèvies per part del Jutjat d'Instrucció núm. 15 de Barcelona per esclarir els fets presumptament delictius relacionats amb casos de gestió de terrenys en *cohousing* amb terceres persones que presumptament havien estat víctimes de fraus per part de la cooperativa.
- c) També es van rebre durant l'any 2022, a través de la Regidoria d'Habitatge de l'Ajuntament de Barcelona, noves informacions d'irregularitats en la fase de promoció del carrer de la Llacuna, a banda de les ja conegudes de la fase Arenys de Mar - Doedes.

El Decret 41/2023, de 16 de març, va resoldre la decisió de l'IMHAB de no adjudicar el contracte, atès que es considera que la gravetat dels fets posa en qüestió i compromet enormement la fiabilitat i la garantia de la cooperativa per executar degudament el projecte de promoció d'habitatges cooperatius destinats a polítiques socials.

Aquesta Sindicatura comparteix la consideració de l'IMHAB que, en vista dels elements acreditats i els fets ocorreguts, **l'adjudicació del contracte a favor de la promotora de la queixa no hauria garantit una seguretat jurídica suficient ni la viabilitat econòmica del projecte.**

L'IMHAB invoca els articles 3.1 i 4.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, relatius als principis de responsabilitat per la gestió pública, l'eficiència en l'assignació i la utilització dels recursos públics, la protecció de l'interès públic i l'aplicació mateixa dels principis de proporcionalitat i precaució.

També, l'article 1.1 LCSP estableix com a finalitat de la llei la d'assegurar, en connexió amb l'objectiu d'estabilitat pressupostària i control de la despesa, una utilització eficient dels fons públics.

I és que cal recordar que l'objecte del contracte és un bé de titularitat pública, rebut per l'IMHAB directament de l'Ajuntament, amb la finalitat de promoure-hi i construir-hi habitatge protegit. Per tant, es tracta de patrimoni municipal compromès a uns fins públics i d'interès social que cal gestionar amb la màxima eficàcia administrativa i rendibilitat social i econòmica, la qual cosa exigeix la màxima diligència, cautela i precaució.

#### **4. Acabament de l'expedient**

Quant a la tramitació de l'expedient de contractació, cal analitzar un dels motius de queixa de la promotora, que és la manca de resposta als seus escrits adreçats a l'IMHAB amb la intenció que es reprengués el procediment.

A més d'altres comunicacions per correu electrònic, la promotora de la queixa va registrar dos escrits d'al·legacions en moments diferents (19 d'abril de 2021 i 5 de desembre de 2022) en què sol·licitava una resposta consistent en una resolució expressa. En el moment de presentar aquesta queixa, no hi havien rebut cap resposta.

Per justificar la paralització soferta per l'expedient, l'IMHAB invoca l'article 4.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que preveu expressament que les administracions públiques vetllaran pel compliment dels requisits previstos en la legislació aplicable, per la qual cosa podran, en l'àmbit de les seves competències respectives i amb els límits establerts en la legislació de protecció de dades de caràcter personal, comprovar, verificar, investigar i inspeccionar els fets, actes, elements, activitats, estimacions i altres circumstàncies que siguin necessaris.

Durant la tramitació del concurs, la cooperativa va aportar una declaració responsable en què afirmava que no estava incursa en cap dels supòsits de prohibició per fer contractes de l'article 71 de la LCSP (sobre A). Però aquesta declaració no impedeix que, en qualsevol moment, l'òrgan de contractació acordi efectuar gestions de comprovació sobre la veracitat i l'exactitud d'aquesta declaració (base 6.3.1.4).

Vista la documentació que es troba en l'expedient, queda acreditat que, entre l'acord de suspensió del procediment publicat el 16 de març de 2021 (amb el requeriment subsegüent de documentació) i l'adopció de l'acord de no adjudicar el contracte del 16



de març de 2023, van passar dos anys durant els quals la promotora de la queixa no va rebre cap informació sobre l'estat de tràmit de les actuacions.

Aquesta actuació no es correspon amb **el principi de bona administració**, que inclou el deure de l'Administració de resoldre expressament les peticions i les reclamacions que li presenti la ciutadania i de donar resposta a les sol·licituds que aquesta adreï a l'Administració. Així ho estableix també l'article 30 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, i l'article 53 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, que menciona l'obligació de les administracions públiques catalanes de dictar una resolució expressa en tots els procediments i notificar-la.

## **DECISIÓ**

D'acord amb el que disposen l'article 143 de la Carta municipal de Barcelona i el reglament que regula la Sindicatura de Greuges de Barcelona, aquesta institució té com a missió valorar si s'ha produït un greuge. Considerats els fets i les normes aplicables, conclou que, en aquest cas, **l'actuació de l'Institut Municipal de l'Habitatge i Rehabilitació de Barcelona (IMHAB) ha estat ajustada a dret, però no ha estat prou eficaç**, atès que hauria d'haver estat més diligent en el termini de resposta als escrits de la promotora de la queixa.

Aquesta resolució es comunicarà a l'òrgan municipal competent, se'n donarà compte al Plenari del Consell Municipal en l'informe anual reglamentari i s'informarà la persona interessada del seu contingut.