

INFORMES

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA 2002 / 2006



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Economia i Hisenda

Direcció General de Patrimoni

INFORMES

JUNTA CONSULTIVA

DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA

2002 - 2006



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Economia i Hisenda

Direcció General de Patrimoni

Edició preparada per:
Flor Espinar Maat
María Isabel Mir Pomar

Edició: juliol de 2010

Junta Consultiva de Contractació Administrativa
Direcció General de Patrimoni
Conselleria d'Economia i Hisenda
C/ Sant Pere, 7 - 3^a
07012 - Palma

Dipòsit Legal: PM-984-2010
Maquetació i impressió: Terrasa Arts Gràfiques

Presentació

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears és l'òrgan consultiu específic de l'Administració de la Comunitat Autònoma i de la seva administració instrumental en matèria de contractació pública.

Una de les funcions més destacades de la Junta Consultiva és l'emissió d'informes en matèria de contractació. Aquests informes conformen la interpretació que fa la Junta sobre la normativa reguladora de la contractació pública i s'han emès a petició de diversos òrgans de l'Administració de la Comunitat Autònoma, dels consells insulars, dels ajuntaments i de les organitzacions empresarials afectades per la contractació administrativa, tots legitimats per demanar aquest assessorament.

La Conselleria d'Economia i Hisenda edita aquest llibre amb la confiança que serà d'utilitat a totes les administracions i els organismes esmentats i a qualsevol persona o entitat que tengui interès en la contractació pública.

Aquest llibre recull, en els termes en què varen ser aprovats, els informes i les recomanacions que ha fet la Junta Consultiva en el període comprès entre els anys 2002 i 2006; en definitiva, la seva doctrina sobre contractació administrativa assentada durant aquests anys.

Per facilitar-hi la cerca, conté dos índexs: un de cronològic i un altre d'indicatiu de les matèries que tracten els diferents informes.

Vull expressar el meu reconeixement més sincer a tots els qui han fet possible aquest llibre.

Carles Manera Erbina
Conseller d'Economia i Hisenda

RELACIÓ CRONOLÒGICA

Any 2002	pàg.
Informe 1/02, de 28 de febrer de 2002 Data i hora límit de presentació d'ofertes. Presentació a Correus. Indicacions en l'anunci de licitació en els butlletins oficials.	37
Informe 2/02, de 28 de febrer de 2002 Projecte de decret pel qual s'adapta el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat de pagament total del preu a l'organització de l'Administració de la CAIB.	47
Informe 3/02, de 27 de març de 2002 Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.	57
Informe 4/02, de 27 de juny de 2002 Decret de mesures en la contractació administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació.	63
Informe 5/02, de 22 de maig de 2002 Contracte de gestió de serveis públics. Subcontractació. Cessió parcial del contracte.	75
Informe 6/02, de 26 de setembre de 2002 Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Comunitats de béns.	81
Informe 7/02, de 26 de setembre de 2002 Garanties. Efectes quan son dipositades davant una empresa pública (IBANAT). Òrgan competent per la incautació.	89
Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002 Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'article 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per sol·licitar informes a la Junta.	95

Informe 9/02, de 26 de setembre de 2002	107
Contracte de subministrament mitjançant arrendament financer. Procediment.	
Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002	113
Contractes de serveis i de consultoria i d'assistència. Duració. Pròrrogues.	
Informe 11/02, de 17 de desembre de 2002	119
Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Coincidència entre l'objecte social de les persones jurídiques i l'objecte de la prestació per contractar.	
	127
Informe 12/02, de 17 de desembre de 2002	
Contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu. Efectes de la suspensió del Decret regulador. Caràcter bàsic de les normes.	

Any 2003

Informe 1/03, de 28 febrer de 2003	133
Requisits d'admissibilitat dels informes. Possibilitat de descomptar l'IVA a adjudicatariis exempts.	
Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	
Informe 3/03, de 18 de març de 2003	145
Supervisió de projectes d'obres. Oficines de supervisió. Substitució.	
Informe 4/03, de 18 de març de 2003	151
Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant per mitjà de la classificació de les seves filials.	
Informe 5/03, de 29 de maig de 2003	157
Contracte de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	

Informe 6/03, de 29 de maig de 2003	163
Criteris d'adjudicació. Certificats de qualitat ISO. Valoració en supòsits d'UTE.	
Informe 7/03, de 29 de maig de 2003	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	
Informe 8/03, de 25 de setembre de 2003	175
Penalitats per incompliment dels terminis parcials d'execució del contracte distintes a les enumerades a l'art. 95 de la LCAP.	
Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003	181
Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.	
Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries, variacions en les unitats executades.	
Informe 11/03, de 27 de novembre de 2003	195
Oferta amb documents expedits a Holanda. Formalitats per certificar l'autenticitat de la signatura la qualitat amb què actua el signant del document i, si escau, la identitat del segell o timbre que duguin els documents.	
Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	

Any 2004

Informe 1/04, de 30 de setembre de 2004	207
Contracte d'obres. UTE. Procediments judicials executius contra membre de l'UTE. Cessió del contracte. Obligacions pendents del contracte.	
Informe 2/04, de 30 de setembre de 2004	213
Aplicació de l'1 per cent cultural en la contractació i finançament compartit.	

Informe 3/04, de 30 de setembre de 2004	217
Informe relatiu al procediment que cal seguir en l'aprovació d'actes posteriors a l'adjudicació del contracte amb referència a l'autorització prèvia prevista en l'article 2.7 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, modificat pel Decret 39/2004, de 23 d'abril, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.	
Informe 4/04, de 28 d'octubre de 2004	225
Informe aclaridor del contingut del 2/2004, de 30 de setembre en relació a l'aplicació de l'1% cultural en la contractació i el finançament compartit.	
Informe 5/04, de 28 d'octubre de 2004	229
Proposició econòmica. Omissió de la signatura en l'oferta econòmica.	
Informe 6/04, de 18 de novembre de 2004	233
Incompatibilitat de regidors per contractar amb l'Administració.	
Informe 7/04, de 18 de novembre de 2004	239
Lloc de presentació de documents en licitació. Acreditació de solvència econòmica i financera i tècnica o professional.	
Informe 8/04, de 18 de novembre de 2004	245
Proposició econòmica. Supòsits d'admissibilitat de les causes de rebutj de l'article 84 del RTRLCAPC.	

Any 2005

Informe 1/05, de 24 de febrer de 2005	253
Fundacions. Grau de subjecció al Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques. Naturalesa jurídica de la Fundació Illesport.	
Informe 2/05, de 24 de febrer de 2005	263
Documentació administrativa. Possibilitat d'utilitzar la mateixa documentació administrativa aportada en un procés d'adjudicació d'un contracte públic, per a la licitació d'un altre.	

Informe 3/05, de 17 de març de 2005	269
Autorització excepcional i prèvia a convocatòria de concurs, per part del Consell de Govern de la CAIB, de contractació amb empreses no classificades en contractes de pressupost superior a 120.202,42 €.	
Informe 4/05, de 28 d'abril de 2005.....	275
Adjudicació del contracte en un concurs, una vegada transcorregut el termini de tres mesos de l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).	
Informe 5/05, de 9 de juny de 2005.....	285
Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica de les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per contractar. L'abast de la contractació.	
Informe 6/05, de 29 de juny de 2005.....	291
Serveis professionals de procurador dels tribunals. Representació judicial del Consell de Mallorca. Àmbit d'aplicació a aquests contractes de la legislació de contractes de les administracions públiques.	
Informe 7/05, de 13 de juliol de 2005.....	299
Contracte d'obres. Exigència en el plec de clàusules administratives particulars d'oferir millores valorades. Proposició que conté millores no valorades.	
Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	
Informe 9/05, de 29 de setembre de 2005	315
Contracte de compravenda de béns immobles. Incompatibilitat i prohibició de contractar de regidor administrador d'empresa licitadora.	
Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005	323
Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.	

Informe 11/05, de 15 de desembre de 2005	333
Contractes de gestió de serveis públics en matèria de serveis socials. Preferència de Lleis. Possibilitat que entitats privades amb finalitat de lucre concorrin a les licitacions.	

Any 2006

Informe 1/06, de 7 de febrer de 2006	341
Criteris que ha de tenir en compte l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a l'hora de fer contractes amb les entitats que tinguin la condició de mitjà propi. Consideració especial de l'entitat Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA).	
Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006	365
Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu consell d'administració.	
Informe 3/06, de 13 de juliol de 2006	369
Contractes de patrocini que hagi de subscriure l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, atesa l'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional.	
Informe 4/06, de 26 d'octubre de 2006	375
Negocis jurídics. Transport escolar d'alumnes discapacitats de centres públics de Mallorca, Menorca i Eivissa per part de Creu Roja Espanyola. Concurrència de circumstàncies per a excloure de l'aplicació de la normativa contractual de les administracions públiques.	
Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006	383
Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.	

ÍNDEX ANALÍTIC

	pàg.
A. Qüestions generals.....	13
B. Qüestions específiques dels diferents tipus de contractes.....	29
C. Informes sobre projectes normatius.....	33

A. QÜESTIONS GENERALS

1. Àmbit d'aplicació de la Llei

1.1. Àmbit d'aplicació subjectiva

Informe 1/05, de 24 de febrer de 2005.....	253
Fundacions. Grau de subjecció al Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques. Naturalesa jurídica de la Fundació Illesport.	
Informe 1/06, de 7 de febrer de 2006.....	341
Criteris que ha de tenir en compte l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a l'hora de fer contractes amb les entitats que tinguin la condició de mitjà propi. Consideració especial de l'entitat Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA).	
Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006.....	365
Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu Consell d'Administració.	
Informe 4/06, de 26 de octubre de 2006	375
Negocis jurídics. Transport escolar d'alumnes discapacitats de centres públics de Mallorca, Menorca i Eivissa per part de Creu Roja Espanyola. Concurrència de circumstàncies per a excloure de l'aplicació de la normativa contractual de les administracions públiques.	

1.2. Contractes d'obres

Informe 12/02, de 17 de desembre de 2002	127
Contracte d'obres sota la modalitat d'abonament total del preu. Efectes de la suspensió del Decret regulador. Caràcter bàsic de les normes.	
Informe 3/03, de 18 de març de 2003	145
Supervisió de projectes d'obres. Oficines de supervisió. Substitució.	
Informe 7/03, del 29 de maig de 2003	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	
Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries. Variacions en les unitats executades.	

1.3. Contractes de gestió de serveis públics

Informe 5/02, de 22 de maig de 2002.....	75
Contracte de gestió de serveis públics. Subcontractació. Cessió parcial del contracte.	

1.4. Contractes de subministrament

Informe 9/02, de 26 de setembre de 2002	107
Contracte de subministrament mitjançant arrendament financer. Procediment.	

1.5. Contractes de consultoria i assistència

Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002	113
Contractes de serveis i de consultoria i d'assistència. Duració. Pròrrogues.	

Informe 5/03, de 29 de maig de 2003.....	157
Contractes de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	
1.6. Contractes de serveis	
1.7. Contractes de concessió d'obres públiques	
Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002.....	113
Contractes de serveis i de consultoria i d'assistència. Duració. Pròrrogues.	
1.8. Contractes exclosos	
Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003	181
Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.	
Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	
Informe 5/05, de 9 de juny de 2005.....	285
Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per contractar. L'abast de la contractació.	
Informe 1/06, de 7 de febrer de 2006.....	341
Criteris que ha de tenir en compte l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a l'hora de fer contractes amb les entitats que tinguin la condició de mitjà propi. Consideració especial de l'entitat Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA).	
Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006.....	365
Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu Consell d'Administració.	

Informe 3/06, de 13 de juliol de 2006.....	369
Contractes de patrocini que hagi de subscriure l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, atesa l'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional.	

1.9. Contractes administratius especials

1.10. Contractes privats

Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003	181
Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.	

Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005	323
Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.	

1.11. Contractes mixtos

Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003	181
Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.	

Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005	323
Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.	

2. Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB

2.1. Competència

Informe 4/03, de 18 de març de 2003	151
Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant mitjançant la classificació de les seves filials.	

2.2. Legitimació

Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	

3. Requisits dels contractes

3.1. Òrgans de contractació

Informe 3/04, de 30 de setembre de 2004	217
Informe relatiu al procediment que cal seguir en l'aprovació d'actes posteriors a l'adjudicació del contracte amb referència a l'autorització prèvia prevista en l'article 2.7 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, modificat pel Decret 39/2004, de 23 d'abril, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.	

3.2. Capacitat i solvència de les empreses

Informe 3/02, de 27 de març de 2002	57
Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.	
Informe 6/02, de 26 de setembre de 2002	81
Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Comunitats de béns.	
Informe 11/02, de 17 de desembre de 2002	119
Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Coincidència entre l'objecte social de les persones jurídiques i l'objecte de la prestació per contractar.	
Informe 4/03, de 18 de març de 2003	151
Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant mitjançant la classificació de les seves filials.	

Informe 6/03, de 29 de maig de 2003	163
Criteris d'adjudicació. Certificats de qualitat ISO. Valoració en supots d'UTE.	
Informe 11/03, de 27 de novembre de 2003	195
Oferta amb documents expedits a Holanda. Formalitats per certificar l'autenticitat de la signatura. La qualitat amb què actua el signant del document i, si escau, la identitat del segell o timbre que duguin els documents.	
Informe 7/04, de 18 de novembre de 2004	239
Lloc de presentació de documents en licitació. Acreditació de solvència econòmica i financera i tècnica o professional.	
Informe 2/05, de 24 de febrer de 2005	263
Documentació administrativa. Possibilitat d'utilitzar la mateixa documentació administrativa aportada en un procés d'adjudicació d'un contracte públic, per a la licitació d'un altre.	
Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	
Informe 11/05, de 15 de desembre de 2005	333
Contractes de gestió de serveis públics en matèria de serveis socials. Preferència de lleis. Possibilitat que entitats privades amb finalitat de lucre concorrin a les licitacions.	

3.3. Prohibicions de contractar

3.3.1. Qüestions generals

Informe 9/05, de 29 de setembre de 2005	315
Contracte de compravenda de béns immobles. Incompatibilitat i prohibició de contractar de regidor administrador d'empresa licitadora.	

Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005	323
Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.	

Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006	365
Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu Consell d'Administració.	

3.3.2. Incompatibilitats

Informe 6/04, de 18 de novembre de 2004	233
Incompatibilitat de regidors per a contractar amb l'Administració.	

3.4. Classificació empresarial

3.4.1. Règim general

Informe 4/03, de 18 de març de 2003	151
Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant per mitjà de la classificació de les seves filials.	

3.4.2. Contractes d'obres i serveis

Informe 3/02, de 27 de març de 2002	57
Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.	

Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	

3.4.3. Exempció

Informe 3/02, de 27 de març de 2002	57
Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.	

Informe 3/05, de 17 de març de 2005	269
Autorització excepcional i prèvia a convocatòria de concurs, per part del Consell de Govern de la CAIB, de contractació amb empreses no classificades en contractes de pressupost superior a 120.202,42.	

3.5 Objecte dels contractes

Informe 11/02, de 17 de desembre de 2002	119
Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Coincidència entre l'objecte social de les persones jurídiques i l'objecte de la prestació per contractar.	
Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	

3.6. Preu dels contractes

3.6.1. Determinació del pressupost base de licitació

Informe 1/03, de 28 de febrer de 2003	133
Requisits d'admissibilitat dels informes. Possibilitat de descomptar l'IVA a adjudicatariis exempts.	
Informe 7/03, de 29 de maig de 2003.....	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	

3.6.2. Preu del contracte

Informe 1/03, de 28 de febrer de 2003	133
Requisits d'admissibilitat dels informes. Possibilitat de descomptar l'IVA a adjudicatariis exempts.	

Informe 5/03, de 29 de maig de 2003.....	157
Contractes de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	

3.6.3. Modalitat de pagament

Informe 7/03, de 29 de maig de 2003.....	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	

Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries. Variacions en les unitats executades.	

3.6.4. Revisió de preus

Informe 5/03, de 29 de maig de 2003.....	157
Contractes de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	

4. Actuacions administratives preparatòries dels contractes

5. Expedients de contractació

5.1. Documentació i tràmits de l'expedient de contractació

Informe 7/03, de 29 de maig de 2003.....	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	

Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries. Variacions en les unitats executades.	

Informe 11/03, de 27 de novembre de 2003	195
Oferta amb documents expedits a Holanda. Formalitats per	

certificar l'autenticitat de la signatura. La qualitat amb què actua el signant del document i, si escau, la identitat del segell o timbre que duguin els documents.

Informe 2/05, de 24 de febrer de 2005..... 263

Documentació administrativa. Possibilitat d'utilitzar la mateixa documentació administrativa aportada en un procés d'adjudicació d'un contracte públic, per a la licitació d'un altre.

Informe 7/05, de 13 de juliol de 2005..... 299

Contracte d'obres. Exigència en el plec de clàusules administratives particulars d'oferir millores valorades. Proposició que conté millores no valorades.

Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006 383

Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.

5.2. Tramitació ordinària, urgent i d'emergència

5.3. Qüestions relatives als terminis

Informe 4/05, de 28 d'abril de 2005..... 275

Adjudicació del contracte en un concurs, una vegada transcorregut el termini de tres mesos de l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).

5.4. Fiscalització

5.5. Tramitació anticipada

6. Invalidesa, nul·litat i anul·labilitat dels contractes. Impugnació

7. Plecs de clàusules administratives i plecs de prescripcions tècniques

Informe 8/03, de 25 de setembre de 2003	175
Penalitats per incompliment dels terminis parcials d'execució del contracte distintes a les enumerades a l'art. 95 de la LCAP.	

Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries. Variacions en les unitats executades.	

8. Garanties

8.1. Garanties provisionals

Informe 7/02, de 26 de setembre de 2002	89
Garanties. Efectes quan són dipositades davant una empresa pública (IBANAT). Òrgan competent per a la incautació.	

Informe 4/05, de 28 d'abril de 2005.....	275
Adjudicació del contracte en un concurs, una vegada transcorregut el termini de tres mesos de l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).	

8.2. Garanties definitives

Informe 7/02, de 26 de setembre de 2002	89
Garanties. Efectes quan són dipositades davant una empresa pública (IBANAT). Òrgan competent per a la incautació.	

8.3. Exempcions i exclusions

8.4. Execució

Informe 7/02, de 26 de setembre de 2002	89
Garanties. Efectes quan són dipositades davant una empresa pública (IBANAT). Òrgan competent per a la incautació.	

8.5. Devolució

8.6. Altres qüestions

9. Contractes menors

Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003	181
Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.	
Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	
Informe 5/05, de 9 de juny de 2005.....	285
Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per contractar. L'abast de la contractació.	

10. Procediment de contractació

10.1. Procediment obert i restringit

10.2. Procediment negociat

11. Formes d'adjudicació

11.1. Subhastes

Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	

11.2. Concursos

Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	

Informe 4/05, de 28 d'abril de 2005	275
Adjudicació del contracte en un concurs, una vegada transcorregut el termini de tres mesos de l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).	
Informe 7/05, de 13 de juliol de 2005	299
Contracte d'obres. Exigència en el plec de clàusules administratives particulars d'oferir millores valorades. Proposició que conté millores no valorades.	
Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	
Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005	323
Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.	

11.3. Baixes desproporcionades

12. Proposicions de les empreses

12.1. Documentació

Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	
Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006	383
Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.	

12.2. Esmena de defectes o errors

Informe 7/04, de 18 de novembre de 2004	239
Lloc de presentació de documents en licitació. Acreditació de solvència econòmica i financera i tècnica o professional.	

Informe 7/05, de 13 de juliol de 2005.....	299
Contracte d'obres. Exigència en el plec de clàusules administratives particulars d'oferir millores valorades. Proposició que conté millores no valorades.	

Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006	383
Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.	

12.3. Presentació de proposicions

Informe 1/02, de 28 de febrer de 2002.....	37
Data i hora límit de presentació d'ofertes. Presentació a Correus. Indicació en l'anunci de licitació en els Butlletins Oficials.	

Informe 5/04, de 28 d'octubre de 2004	229
Proposició econòmica. Omisió de la signatura l'oferta econòmica.	

Informe 7/04, de 18 de novembre de 2004	239
Lloc de presentació de documents en licitació. Acreditació de solvència econòmica i financera i tècnica o professional.	

Informe 8/04, de 18 de novembre de 2004	245
Proposició econòmica. Supòsits d'admisibilitat de les causes de rebuig de l'article 84 del RTRLCAPC.	

Informe 2/05, de 24 de febrer de 2005	263
Documentació administrativa. Possibilitat d'utilitzar la mateixa documentació administrativa aportada en un procés d'adjudicació d'un contracte públic, per a la licitació d'un altre.	

Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006	383
Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.	
13. Les ofertes en el procediment negociat	
13.1. Mesa de contractació	
Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	
14. Publicitat	
Informe 1/02, de 28 de febrer de 2002	37
Data i hora límit de presentació d'ofertes. Presentació a Correus. Indicacions en l'anunci de licitació en els Butlletins Oficials.	
Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002	95
Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'art. 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per a sol·licitar informes a la Junta.	
15. Execució i modificació de contractes	
15.1. Informes d'execució i modificació de contractes	
Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002	113
Contractes de serveis i de consultoria i d'assistència. Durada. Pròrrogues.	
Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	

Informe 8/03, de 25 de setembre de 2003	175
Penalitats per incompliment dels terminis parcials d'execució del contracte distintes a les enumerades a l'art. 95 de la LCAP.	
Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	
Informe 1/04, de 30 de setembre de 2004	207
Contracte d'obres. UTE. Procediments judicials executius contra membre de l'UTE. Cessió del contracte. Obligacions pendents del contracte.	
Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	

15.2. Pròrrogues

16. Abonament del preu

16.1. Interessos de demora

16.2. Resolució i extinció dels contractes

Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	

16.3. Altres qüestions de caràcter general

Informe 12/02, de 17 de desembre de 2002	127
Contracte d'obres sota la modalitat d'abonament total del preu. Efectes de la suspensió del Decret regulador. Caràcter bàsic de les normes.	

Informe 5/03, de 29 de maig de 2003	157
Contractes de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	
Informe 8/03, de 25 de setembre de 2003	175
Penalitats per incompliment dels terminis parcials d'execució del contracte distintes a les enumerades a l'art. 95 de la LCAP.	

B. QÜESTIONS ESPECÍFIQUES DELS DIFERENTS TIPUS DE CONTRACTES

1. Contractes d'obres

1.1. Classificació

Informe 3/02, de 27 de març de 2002	57
Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.	
Informe 4/03, de 18 de març de 2003	151
Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant per mitjà de la classificació de les seves filials.	

1.2. Procediments d'adjudicació

1.3. Recepció i liquidació

Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003	187
Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries, variacions en les unitats executades.	

1.4. Resolució del contracte

1.5. Altres qüestions

Informe 12/02, de 17 de desembre de 2002	127
Contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu. Efectes de la suspensió del Decret regulador. Caràcter bàsic de les normes.	
Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	
Informe 3/03, de 18 de març de 2003	145
Supervisió de projectes d'obres. Oficines de supervisió. Substitució.	
Informe 7/03, de 29 de maig de 2003.....	171
Contracte d'obres. "U per cent cultural". Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.	
Informe 1/04, de 30 de setembre de 2004	207
Contracte d'obres. UTE. Procediments judicials executius contra membre de l'UTE. Cessió del contracte. Obligacions pendents del contracte.	
Informe 2/04, de 30 de setembre de 2004	213
Aplicació de l'1 per cent cultural en la contractació i finançament compartit.	
Informe 4/04, de 28 d'octubre de 2004	225
Informe aclaridor del contingut del 2/2004, de 30 de setembre en relació a l'aplicació de l'1 per cent cultural en la contractació i finançament compartit.	
Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006.....	365
Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu consell d'administració.	

2. Contractes de gestió de serveis públics

Informe 5/02, de 22 de maig de 2002.....	75
Contracte de gestió de serveis públics. Subcontractació. Cessió parcial del contracte.	
Informe 2/03, de 27 de març de 2003	137
Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.	
Informe 6/03, de 29 de maig de 2003.....	163
Criteris d'adjudicació. Certificats de qualitat ISO. Valoració en supòsit d'UTE.	
Informe 3/05, de 17 de març de 2005	269
Autorització excepcional i prèvia a convocatòria de concurs, per part del Consell de Govern de la CAIB, de contractació amb empreses no classificades en contractes de pressupost superior a 120.202,42.	
Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005	303
Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.	
Informe 11/05, de 15 de desembre de 2005	333
Contractes de gestió de serveis públics en matèria de serveis socials. Preferència de lleis. Possibilitat que entitats privades amb finalitat de lucre concorrin a les licitacions.	
3. Contractes de subministrament	
Informe 9/02, de 26 de setembre de 2002.....	107
Contracte de subministrament mitjançant arrendament financer. Procediment.	
4. Contractes de consultoria i assistència, i contractes de serveis	
4.1. Informes dels contractes de consultoria i assistència, i els contractes de serveis	

Informe 11/02, de 17 de desembre de 2002	119
Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Coincidència entre l'objecte social de les persones jurídiques i l'objecte de la prestació a contractar.	
Informe 5/03, de 29 de maig de 2003.....	157
Contracte de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.	
Informe 6/05, de 29 de juny de 2005.....	291
Serveis professionals de procurador dels tribunals. Representació judicial del Consell de Mallorca. Àmbit d'aplicació a aquests contractes de la legislació de contractes de les administracions públiques.	
Informe 3/06, de 13 de juliol de 2006.....	369
Contractes de patrocini que hagi de subscriure l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, atesa l'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional.	
Informe 4/06, de 26 d'octubre de 2006.....	375
Negocis jurídics. Transport escolar d'alumnes discapacitats de centres públics de Mallorca, Menorca i Eivissa per part de Creu Roja espanyola. Concurrencia de circumstàncies per a excloure de l'aplicació de la normativa contractual de les administracions públiques.	
Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006	383
Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta. Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.	

4.2. Incompatibilitats

4.3. Determinació del preu del contracte

4.4. Procediments d'adjudicació

Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	

4.5. Durada i pròrrogues

Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002	113
Contractes de serveis i de consultoria i assistència. Duració. Pròrrogues.	

Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003	199
Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.	

Informe 6/05, de 29 de juny de 2005.....	291
Serveis professionals de procurador dels tribunals. Representació judicial del Consell de Mallorca. Àmbit d'aplicació a aquests contractes de la legislació de contractes de les Administracions Públiques.	

4.6. Compliment dels contractes

C. INFORMES SOBRE PROJECTES NORMATIUS

Informe 2/02, de 28 de febrer de 2002.....	47
Projecte de decret per el qual s'adapta el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat de pagament total del preu a l'organització de l'Administració de la CAIB.	

Informe 4/02, de de 27 de juny de 2002.....	63
Decret de mesures en la contractació administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de suport a l'estabilitat i a la qualitat de la ocupació.	

Informe 3/04, de 30 de setembre de 2004	217
Informe relatiu al procediment que cal seguir en l'aprovació d'actes posteriors a l'adjudicació del contracte amb referència a l'autorització prèvia prevista en l'article 2.7 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, modificat pel Decret 39/2004, de 23 d'abril, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.	

Any 2002

Informe 1/02, de 28 de febrer de 2002

Data i hora límit de presentació d'ofertes. Presentació a Correus.

Indicacions en l'anunci de licitació en els butlletins oficials.

Antecedents

El batle i president de l'Ajuntament d'Inca demana a aquesta Junta un informe sobre les qüestions que conté l'escrit següent:

“Aquest Ajuntament està tramitant l'expedient de contractació, per procediment obert i concurs, per a l'adjudicació de les obres de reforma del pavelló núm. 4 del quarter General Luque.”

El dia en que finalitzava el termini de presentació de les proposicions, una de les empreses concursants presentà una oferta amb posterioritat a la hora límit de presentació disposada en el plec de condicions i en els anuncis en els periòdics. Això no obstant aquesta limitació horària no constava en el preceptiu anunci del BOIB. Davant els dubtes jurídiques plantejats, la mesa de contractació va acordar, abans de decidir sobre l'exclusió d'aquesta oferta, sol·licitar informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. En conseqüència, i seguint l'informe jurídic emès per la Secretaria General de l'Ajuntament que adjunt, sol·licit, a l'empara de la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre en relació als arts. 15, 16, i 17 del Reglament de la Junta, informe sobre les qüestions següents:

- *Si realment ha de constar o no en l'anunci de licitació del BOIB l'horari del Registre General de l'Ajuntament per a l'acceptació de pliques, amb l'oportuna excepció per a l'horari de les oficines de correus.*
- *Si de no expressar-se aquest horari en l'anunci de licitació es suficient indicar-lo en el plec de condicions i en els anuncis dels periòdics per descartar la plica presentada fora de termini, i en conseqüència, si pertoca excloure la proposició presentada en el Registre General de l'Ajuntament en posterioritat a les 13 hores del dia que finalitzava el termini de presentació.*

Us deman, en conseqüència que tenint per presentat aquest escrit i els documents que l'acompanyen i, previ els tràmits legals, s'emeti a la major brevetat per la Junta Consultiva informe sobre les qüestions plantejades.

Pressupòsits d'admissibilitat

Es compleixen tots els pressuposts que la normativa, que cita el batle d'Inca, exigeix per admetre una sol·licitud d'informe.

Consideracions jurídiques

Primera. Els interrogants que el batle d'Inca planteja a aquesta Junta Consultiva no abracen tot el problema que es pretén resoldre. La qüestió essencial del dubte suscitat fa referència a l'admissibilitat d'una proposició presentada fora del termini indicat en el plec de clàusules administratives però quan el Registre General de l'Ajuntament encara era obert al públic, si l'anunci publicat en el butlletí oficial corresponent no indicava cap hora límit per a això. En concret, el sol·licitant delimita els paràmetres de la seva interpel·lació a si és necessari fer constar en els anuncis publicats en els butlletins oficials els horaris de Registre General de l'Ajuntament, o si basta que dits horaris s'especifiquin en el plec o en els anuncis de premsa, mencionant de passada la condició de l'horari de les oficines de correus.

Encara que l'àmbit de la qüestió, en principi, pogués excedir del competencial que incumbeix a aquesta Junta, ja que la matèria d'horaris d'atenció al públic i la regulació dels registres són aspectes generals del procediment administratiu, no hi ha cap dubte que en la legislació especial de la contractació administrativa hi ha una multitud de normes referides al procediment, unes vegades per emmotllar-lo i adaptar-lo a les seves peculiaritats, i d'altres per remetre's a les previsions de caràcter general contingudes en la resta de l'ordenament jurídic.

D'altra banda, la qüestió es planteja en el context d'un expedient concret, encara per adjudicar, les controvèrsies i els dubtes del qual ha de resoldre exclusivament l'òrgan de contractació de qui és competència. No obstant això, com ja hem indicat en el nostre anterior informe 17/01, de 29 de novembre de 2001, al qual per a una major il·lustració ens remetem, la Junta Consultiva ha d'emetre el seu parer en correlació a allò que se sol·licita a tenor de les normes que regulen l'actuació de la Junta; entre aquestes normes, i d'incidència preclara en aquest cas, l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament.

Des d'aquesta òptica, doncs, i intentant donar una resposta globalitzadora al problema subjacent en la qüestió plantejada, elaborarem aquest informe.

Segona. Assenyalar o fixar una hora límit per presentar proposicions té una llarga tradició en l'àmbit de la contractació administrativa. La finalitat d'això, en definitiva, no és altra que la d'establir unes condicions el més nítides i clares possible que garanteixin els principis d'igualtat i de no discriminació de totes les persones que liciten. No es pot oblidar que estam en presència d'un procediment competitiu, en una economia de mercat lliure, en el qual les directrius europees imposen la prevalença d'aquests principis fins i tot per sobre dels ordenaments jurídics nacionals. Indicar una hora determinada impedeix que entrin en joc interpretacions que es podrien fer si aquesta indicació no existís (per exemple, l'horari de registre de l'òrgan de contractació, els horaris establerts segons la normativa i els horaris de fet, les 0 hores del dia límit, etc.). La publicitat de l'hora límit esdevé l'element clau homogeneïtzador del tracte igualitari a les persones que presenten la licitació.

El Reial decret 390/1996, d'1 de març, de desplegament parcial de la LCAP, en fitxar els diferents apartats dels models d'anuncis de publicitat de les licitacions, no exigeix que s'assenyali una hora per a la presentació de propostes, i es limita sols a la data, però aquest argument, encara que és vàlid, no és suficient per considerar complert en els seus més estrictes termes l'article 78 de la LCAP quant a la publicitat de les licitacions, el sentit teleològic del qual, a causa del dret comunitari europeu, s'ha d'entendre de manera que no quedi cap indici de discriminació. El fet que no s'assenyali un apartat concret per a l'hora de presentació de proposicions a l'annex del Decret 390/1996, no vol dir que no es pugui indicar, si l'òrgan de contractació així ho ha decidit, fent-la constar en el corresponent plec de clàusules administratives particulars, com ocorre en aquest cas. Per tant, de manera lògica i congruent, el plec i l'anunci han de coincidir per no provocar situacions necessitades d'interpretació.

L'article 100 del Reglament general de contractació de l'Estat, aprovat pel Decret 3410/1975, de 25 de novembre, vigent aleshores per no haver acabat la *vacatio legis* prevista pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, per a l'entrada en vigor del nou Reglament general de la LCAP,

diu que: *«Les proposicions i ofertes contractuals han de ser lliurades en un sobre tancat a les dependències o oficines expressades en l'anunci, o enviades per correu, dins el termini d'admissió assenyalat en aquell, excepte quan l'anunci de la licitació autoritzi un altre procediment; el secret de l'oferta s'ha de respectar sempre.»*

Sembla que aquest precepte s'inclina per la supremacia de l'anunci, on ha de constar el *«termini d'admissió»*, i fins i tot permet que el mateix anunci pugui *«autoritzar un altre procediment»*. (L'art. 80 del nou Reglament, encara sense vigència, en l'apartat 2, conté una redacció similar, excepte en l'excepció per autoritzar un altre procediment que, ara, diu que ha de constar en el plec.)

La claredat i el contingut dels anuncis no han de ser una mera indicació de la licitació a què es refereixen, sinó que han de contenir els elements definidors essencials de la mateixa forma que permetin a les persones interessades conèixer el suficient per prendre la decisió de participar-hi. En aquest cas, i utilitzant l'apartat dels anuncis *«Obtenció de documentació i d'informació»* poden acudir a obtenir dita documentació i informació allà on s'indiqui. Aquesta és la interpretació que es dedueix de la Comunicació de la Comissió de les Comunitats Europees de 15-10-2001, quan en tractar sobre la inclusió de clàusules obligatòries de contingut social en el contractes administratius afirma que s'han d'incloure i preavisar en els corresponents anuncis de licitació en honor de la transparència sota pena d'incórrer en aspectes discriminatoris.

També l'article 80, apartat 4, *in fine*, del Reglament que entrarà en vigor el proper mes d'abril de 2002, es refereix per primera vegada a *«l'hora»* de terminació del termini d'admissió d'ofertes, quan diu: *«Sense la concurrència dels dos requisits no s'ha d'admetre la documentació si l'òrgan de contractació la rep amb posterioritat a la data i l'hora de terminació del termini assenyalat a l'anunci.»*

Tampoc hem d'oblidar que estam davant d'una contractació d'una administració local i que s'ha de subjectar a les seves normes específiques en vigor, sempre que no s'oposin a les de caràcter bàsic de la legislació general sobre la contractació administrativa. Així, l'article 123.1 del text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local (Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril), disposa que: *«Tant les subhastes*

com els concursos s'han d'anunciar en el butlletí oficial... L'anunci s'ha de publicar amb vint dies d'antelació, i ha d'expressar el termini i les hores en què es poden presentar les proposicions en la Secretaria de la corporació.» Aquest precepte encara és vigent i si aquesta vigència fos posada en dubte, aquest ha de desaparèixer segons recull la disposició addicional novena, punt 2, del nou Reglament general de la LCAP, quan diu que: «*La publicitat dels procediments de licitació de les corporacions locals, quan s'hagin de publicar en el BOE conforme a l'article 78 de la Llei, ha d'efectuar-se d'acord amb el que disposa l'article 123.1 del text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local.*»

Seguint aquesta línia argumental, podem concloure, amb caràcter general i en interpretació conjunta de l'ordenament jurídic, que s'ha d'indicar l'hora en l'anunci quan aquesta hora també s'indiqui en el plec.

A més, per a les administracions locals, en el supòsits prevists en l'article 123.1 del text refós de la seva legislació vigent, fins i tot és obligatori fixar «*les hores*» de presentació de proposicions en l'anunci, encara que el plec de clàusules administratives particulars no digui res.

Tercera. L'article 79 de la LCAP diu taxativament que la presentació de proposicions presumeix que l'empresari accepta incondicionalment el contingut de la totalitat de les clàusules del plec sense cap excepció. Per això, una interpretació literal i rigorosa de la norma podria donar per resolt el tema, i a això s'acull l'informe jurídic que acompanya la sol·licitud.

En principi, el plec fixa totes les dades precises per seguir el procediment d'adjudicació. Conseqüentment, la persona licitadora o candidata sap o pot saber quan ha de presentar la proposició i quan no pot fer-ho. Si trenca aquesta regla afecta el principi d'igualtat al que se sotmet tothom, ja que es faria una excepció a favor de qui l'incompleix i en perjudici de qui, complint-la, té una persona més amb qui competir.

Els dubtes sorgits en l'expedient objecte d'anàlisi provenen de la falta de concordança entre la redacció de les clàusules del plec i la redacció del text de l'anunci en el butlletí oficial, com també d'altres

circumstàncies alienes a l'expedient mateix. En efecte, el plec de clàusules administratives particulars, en la clàusula 11, diu que les proposicions s'han de presentar en el Registre General de l'Ajuntament en el termini de 26 dies naturals, comptadors des de l'endemà de la publicació de l'anunci en el BOCAIB, *«de les nou a les tretze hores, tal com assenyalen els epígrafs 5 i 6 del quadre de característiques del contracte...»*. Però després, els esmentats epígrafs de remissió no indiquen cap hora, sinó tan sols el lloc i la data. D'altra banda, com diu l'informe que acompanya la sol·licitud, el Registre General de l'Ajuntament era obert a les 14 hores, quan es va presentar la plica, i a més a més, no existeix acord del Ple que fixi l'horari del Registre, que roman obert, segons manifesta l'informe, de 8 a 15 hores i de 16,30 a 19,30 hores. En l'anunci publicat en el BOCAIB es va ometre la referència a l'hora, a diferència del que es va fer en els anuncis publicats en premsa autonòmica, per imperatiu del plec (clàusula 10), però no de la Llei.

L'anunci té un indubtable valor d'expressió informativa, la qual cosa implica que l'òrgan de contractació ha de ser rigorós en l'elaboració d'aquest i que de cap manera pot distorsionar el que estableix el plec, que és la llei del contracte per a tot, des de l'origen de l'expectativa de drets fins a la conclusió.

Ara bé, quina és la conseqüència d'ometre l'hora de l'anunci? No hi ha dubte que la col·lisió de drets i d'interessos de les persones que volen presentar una licitació podria arribar a produir un pronunciament judicial que divergeixi d'allò que, si n'és el cas, hagi adoptat l'òrgan de contractació, la qual cosa li comportaria el corresponent perjudici econòmic si hagués d'abonar indemnitzacions en el més que probable supòsit que el contracte estigués complert quan els tribunals emetessin el veredict. D'aquí que no seria menyspreable la possibilitat que l'òrgan de contractació declarés d'ofici la nul·litat de la publicació de l'anunci i reparés l'omissió produïda mitjançant un nou anunci amb indicació de l'hora límit, sempre que, com sembla que així passa segons l'escrit del batle d'Inca, encara no s'hagués pres cap tipus d'acord sobre l'admissió o no de la plica presentada a les 14 hores, i no s'hagués obert encara cap sobre. Els sobres s'haurien de tornar a les persones que haguessin presentat la licitació, perquè, en igualtat de condicions, poguessin tornar-se presentar (possibilitat que permet l'article 93 del RGCE).

No obstant això, la decisió sobre l'admissió o no de la plica és competència exclusiva de l'òrgan de contractació, que s'ha d'adaptar a les circumstàncies concurrents en cada cas concret, sopesant els interessos de les persones que han presentat una licitació i l'interès públic, conjugant els principis d'igualtat i de no discriminació amb el principi afavoridor de la major concurrència i el criteri antiformalista mantingut per la jurisprudència.

Quarta. La presentació de pliques en les oficines de correus, que si bé no és una qüestió plantejada de forma directa per l'interpel·lant, sí que la cita en l'escrit i hi està íntimament relacionada, mereix una menció apart. La Junta entén que per comprendre millor el problema convé tractar el tema suscitat de la manera més àmplia possible, evitant així futures consultes i deixant establerts els criteris interpretatius d'aquest.

L'article 100 del Reglament general de contractació de l'Estat, avui encara vigent, permet que les proposicions s'enviïn per correu o es lliurin en les dependències expressades en l'anunci. En ambdós casos *«en el termini d'admissió assenyalat en aquell»*. A continuació, l'esmentat article determina que en cas de presentar les proposicions en les dependències o oficines se'ls ha de lliurar un resguard justificatiu en què consti *«el dia i l'hora de la presentació»*, a diferència del que diu quan les proposicions s'enviïn per correu, en el qual cas l'empresari *«ha de justificar la data de la tramesa»* i anunciar-la a l'òrgan de contractació *«el mateix dia»*. No fa, doncs, cap menció de l'hora en el supòsit de remissió de les proposicions per correu, la qual cosa ha estat justificat per la Junta Consultiva de l'Administració general de l'Estat (informes 25/89 i 38/99) en atenció a la congruència que hauria d'existir entre la regulació continguda en el Reglament general de contractació i la regulació de la normativa específica de Correus, constituïda essencialment pel Reglament dels serveis de Correus (Decret 1653/1964, de 14 de maig), el qual no establia l'obligació de consignar l'hora de la tramesa.

Per això, la Junta de l'Estat entenia que si les pliques es lliuraven en les dependències de l'òrgan de contractació, operava el límit horari prefixat a l'anunci, però que si es trametien per correu, aquest límit no operava *«...sense que aquesta conclusió, en ser potencialment aplicable a tots les persones que liciten, impliqui discriminació entre aquestes; discriminació que, en canvi,*

existiria en perjudici de les ofertes presentades per correu, si fossin refusades davant la falta d'acreditació de l'hora de presentació...»

Aquest raonament, d'altra banda irreprotxable llevat del que després comentarem, ens du en aquest cas a la paradoxa que, si el licitador que ha presentat l'oferta a las 14 hores a l'Ajuntament, l'hagués presentat utilitzant el servei de correus, fins i tot en una hora més tardana, no hi hauria cap impediment legal ni cap dubte interpretatiu per admetre'n la proposta, sempre que, com és clar, hagués complit els requisits formals establerts per a això.

En el nou Reglament de desenvolupament de la LCAP, que entrarà en vigor l'abril de 2002, l'article 80, apartat 4, tampoc no fa menció a l'hora si la documentació es tramet per correus, per la qual cosa la interpretació, en principi, podria ser la mateixa. Això no obstant, entenem que no es pot continuar amb aquesta interpretació no tan sols amb el nou Reglament sinó tampoc amb l'actual, atès que, des de l'entrada en vigor del Reial decret 1829/1999, de 3 de desembre, pel que s'aprova el Reglament que regula la presentació dels serveis postals, la consignació *«de l'hora i del minut»* d'admissió de les trameses que els ciutadans o les ciutadanes adrecin als òrgans de les administracions públiques, *«...ha de figurar en el resguard justificatiu de l'admissió»* i en el primer full del document que es vulgui enviar (art. 31). Conseqüentment, a partir d'aquesta nova i imperativa regulació dels serveis postals, en poder-se comprovar l'hora de la tramesa, també en aquests supòsits ha de regir el límit horari assenyalat en l'anunci, ja que si no fos així, per les mateixes raons esmentades, *mutatis mutandis*, s'incorreria en una discriminació que de cap manera no desitja la norma en la seva essència teleològica.

Però, és més, entenem que fins i tot amb la redacció anterior de l'equivalent norma de correus (l'article 205 del Decret 1653/1964, de 14 de maig) es podria sostenir aquesta tesi, ja que malgrat que la previsió de consignació *«d'hora i de minut»* no tenia caràcter obligatori, sí que es preveia amb caràcter facultatiu quan deia que: *«Quan el remitent ho sol·liciti, l'empleat ha de fer constar a més a més, a continuació del segell de dades que estampi i tant en el document principal com en el rebut d'imposició l'hora i el minut del dipòsit»*. Aquesta redacció fou mantinguda substancialment per la modificació que de l'apartat d'aquest article va efectuar el Reial

decret 2655/1985, de 27 de desembre, que deia: «...*A continuació del segell de dades estampat, l'empleat ha de fer constar, a més a més, tant en el document principal com en el resguard d'imposició, quan el remitent així ho sol·liciti, l'hora i el minut del dipòsit*». Per la qual cosa, en poder-se fer constar «l'hora i el minut» a instàncies de la persona que licita, és a aquesta a qui incumbeix instar el que sigui procedent per consignar-ho i sobre aquesta han de recaure les conseqüències de la falta de diligència en no fer-ho d'aquesta forma, insistim, permesa per la legislació encara que no exigida de forma imperativa, i congruentment en ares d'igualtat, també ha de regir el límit horari en les trameses per correu.

Conclusió

1. En els anuncis de licitació publicats en el butlletins oficials conforme als models reglamentaris no és preceptiu que consti l'horari del registre general de l'òrgan de contractació.
2. Quan el plec de clàusules administratives particulars determini una hora límit per a la presentació de proposicions, en atenció a la congruència i als principis de publicitat i d'igualtat, s'hauria d'incloure aquesta data en l'anunci del butlletí oficial.
3. En l'administració local, la determinació de les hores de presentació de proposicions s'ha de fer constar en l'anunci del butlletí oficial en els supòsits previstos en l'article 123.1 del text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat pel Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril.
4. Les deficiències, els defectes i les omissions en el compliment dels requisits formals del procediment que tinguin lloc en el expedients de contractació, han de ser interpretats i, si n'és el cas, reparats pels òrgans de contractació.
5. No pertoca que la Junta es pronunciï explícitament sobre el supòsit concret objecte del plantejament efectuat pel sol·licitant, perquè és un expedient en tràmit, del qual manca tota la documentació pertinent, com també la competència per resoldre, sense perjudici que les consideracions jurídiques exposades amb caràcter genèric en

el cos d'aquest informe puguin donar suport a la decisió que adopti l'òrgan de contractació o coadjuvar-la.

Informe 2/02, de 28 de febrer de 2002

Projecte de decret pel qual s'adapta el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat de pagament total del preu a l'organització de l'Administració de la CAIB.

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts demana un informe sobre el projecte de decret el text del qual transcriu:

“L'article 14.2 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, prohibeix, com a regla general, el pagament ajornat del preu dels contractes, excepte en aquells casos en què una llei ho autoritzi expressament.

Aquesta excepció està prevista per l'article 147 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, pel que fa als contractes d'obra, precepte que, al seu torn, ha estat desplegat pel Reial decret 704/1997, de 16 de maig, pel qual es regula el règim jurídic pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.

Mitjançant aquest Decret es pretén adaptar l'esmentada normativa estatal en matèria de contractes administratius d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu a l'organització pròpia de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Per tot això, a proposta del conseller d'Hisenda i Pressuposts, d'acord amb l'informe de la Junta Consultiva de Contractació, i havent-ho, considerat el Consell de Govern en la sessió de dia----- de -----de 2002,

DECRET

Article 1. Objecte

- 1. Aquest Decret té per objecte adaptar el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, previst per l'article 147 de la Llei 13/1996,*

de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, a l'organització de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

- 2. Es considera com a contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu aquell en el qual el preu del contracte s'ha de satisfer mitjançant un pagament únic en el moment de la recepció de l'obra, i que obliga el contractista a finançar la construcció avançant les quantitats necessàries fins que es produeixi la recepció de l'obra acabada.*

Article 2.

Àmbit d'aplicació

- 1. El règim del contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu pot ser d'aplicació als contractes que compleixin el requisits següents:*
 - a. Que tinguin per objecte la construcció d'infraestructures de carreteres, ferroviàries, hidràuliques, a la costa i mediambientals.*
 - b. Que el preu total de licitació del contracte, excloses les despeses de refinançament en el cas d'ajornament del pagament, sigui superior a les quantitats següents:*
 - 1- Carreteres: 24.040.484,18 € (4.000.000.000 ptes)*
 - 2- Infraestructures ferroviàries: 18.030.363,13 € (3.000.000.000 ptes)*
 - 3- Infraestructures hidràuliques: 18.030.363,13 € (3.000.000.000 ptes)*
 - 4- Infraestructures a la costa i mediambientals: 6.010.121.04 € (1.000.000.000 ptes)*
- 2. El contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu no pot ser d'aplicació als contractes d'obres de reforma, reparació, conservació o manteniment i demolició d'infraestructures.*
- 3. Als efectes del que disposa aquests Decret, cada obra ha de ser objecte de contractació independent, amb respecte als límits assenyalats en els apartats anteriors, sense que es puguin acumular diferents obres en un mateix contracte.*

Article 3.

Limitacions

1. *L'import total contractat en cada exercici mitjançant aquesta modalitat contractual no pot ser superior al 30 per cent dels crèdits inicials dotats en el capítol 6 de l'estat de despeses de la corresponent secció pressupostària. Les quantitats contractades per aquest procediment són computables a efectes de determinar l'import màxim de compromisos que per al corresponent exercici resulti de l'aplicació de la normativa vigent sobre despeses de caràcter plurianual.*
2. *El Consell de Govern, a proposta del conseller d'Hisenda i Pressuposts, pot modificar, amb caràcter singular per a cada secció pressupostària, el percentatge assenyalat en l'apartat anterior, en casos especialment justificats, a petició del titular de la conselleria o del president o director-gerent de l'entitat autònoma o empresa pública corresponent, i amb els informes previs que s'estimin oportuns i, en tot cas, de la Direcció General de Pressuposts.*

Article 4.

Obres susceptibles de contractació sota la modalitat d'abonament total del preu

1. *Les conselleries, entitats autònomes i empreses públiques que pretenguin utilitzar el contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, han de sol·licitar informe previ a la Direcció General de Pressuposts de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts. Aquest informe s'ha de sol·licitar abans de l'autorització prèvia del Consell de Govern a què es refereix l'article 4.4 d'aquest Decret.*
2. *S'han d'adjuntar a la sol·licitud els documents següents:*
 - a. *Justificació sobre la conveniència de realitzar l'obra d'acord amb aquest sistema per raons d'insuficiència de recursos i per raons d'interès públic.*
 - b. *Plec de clàusules administratives particulars del contracte d'obra, que han d'incloure necessàriament i de forma separada:*
 - *El preu de la construcció*

- Les condicions específiques del seu finançament de forma que facin possible la determinació del preu final a pagar
 - El termini de garantia, que no pot ser inferior a tres anys
 - La possibilitat de fraccionament de pagament del preu
- c. Informe de la Direcció General del Tresor i Política Financera relatiu a les condicions de refinançament, en el cas que es proposi l'ajornament del pagament.
3. La Direcció General de Pressuposts, atesos la naturalesa i l'import del contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, la justificació d'acord amb la documentació assenyalada en l'apartat anterior i el nivell de compromís que aquest pugui significar per als exercicis futurs, ha d'emetre un informe que, juntament, amb l'informe a què es refereix l'article 3.2 d'aquest Decret, ha d'elevat quan pertoqui al conseller d'Hisenda i Pressuposts, el qual si n'és el cas, ha de presentar al Consell de Govern la corresponent proposta d'acord.

L'informe de la Direcció General de Pressuposts i la proposta d'acord s'han de referir, en tot cas, a la procedència de la utilització del contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu i a les condicions específiques de finançament, com també, si n'és el cas, a la possibilitat de fraccionament, del pagament del preu i a les condicions de refinançament.

4. Quan pertoqui, juntament amb la proposta d'acord a què es refereix l'apartat anterior l'òrgan de contractació ha de trametre al Consell de Govern la proposta d'acord d'autorització prèvia a què es refereix l'article 2.5 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, de contractació.

Article 5.

Especialitats de l'expedient de contractació i aprovació del contracte

1. L'expedient de contractació i aprovació del contracte ha de presentar les especialitats següents:
- a) No serà exigible el certificat d'existència de crèdit a què es refereix l'article 67.2 del Reial decret legislatiu 2/2000 de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

- b) No serà d'aplicació el que preveuen els articles 62 c) i 69.4 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.*
 - c) L'informe de la Direcció General de Pressuposts a què es refereix l'article 4.3 d'aquest Decret i, si n'és el cas, el que preveu l'article 3.2 del mateix Decret s'ha d'incorporar a l'expedient de contractació.*
- 2. L'adjudicació del contracte s'ha d'efectuar per procediment obert o restringit, mitjançant la modalitat de concurs.*
 - 3. La selecció de contractista ha de ponderar les condicions de finançament i, si n'és el cas, de refinançament, dels costos de construcció. A aquest efecte les ofertes presentades pels licitadors en els concursos corresponents han d'expressar separatament el preu de la construcció i el preu final a pagar, i han d'incloure els costos de finançament.*

Article 6.

Del compromís de despesa

- 1. El compromís de despesa derivat de la celebració del contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, s'ha de comptabilitzar adequadament i independent d'acord amb la normativa vigent aplicable als compromisos de despesa de caràcter plurianual.*
- 2. S'ha de consignar en l'exercici en què s'hagi de rebre l'obra amb caràcter preferent el crèdit necessari per emparar la totalitat del compromís de despesa prèviament adquirit en virtut de la celebració del contracte, excepte quan s'acordi el pagament ajornat de conformitat amb el que estableix l'article següent.*

Article 7.

Pagament del preu

- 1. El pagament del preu en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu s'ha d'efectuar en rebre l'obra acabada, una vegada que el contractista hagi realitzat, d'acord amb els termes del contracte i a satisfacció de l'Administració, la totalitat del objecte d'aquest.*

2. *No obstant això, el pagament del preu a què fa referència l'apartat anterior es podrà fraccionar en distintes anualitats, amb un màxim de deu. En aquest cas, els compromisos de despesa imputables a cada un dels exercicis en què s'hagi de fraccionar el pagament s'han de comptabilitzar adequadament i independent.*
3. *El Consell de Govern pot acordar el finançament de la totalitat o part dels pagaments prevists, establint una tarifa o taxa per la utilització de la infraestructura corresponent.*

Disposició addicional única.

Aplicació supletòria

En tot allò que no preveu aquest Decret hi és d'aplicació el que estableix l'article 147 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social; el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i la resta de normes que hi resultin aplicables per raó de la matèria.

Disposició final primera.

Habilitació per dictar disposicions de desplegament

S'autoritza el conseller d'Hisenda i Pressuposts per dictar les disposicions que siguin necessàries per aplicar i desplegar el que disposa aquest Decret.

Disposició final segona.

Entrada en vigor

Aquest Decret entrarà en vigor l'endemà d'haver-se publicat en el Butlletí Oficial de les Illes Balears.

La petició d'informe s'acompanya dels següents documents:

- Resolució del conseller d'Hisenda i Pressuposts, de data 29 de gener de 2002, pel qual s'acorda l'inici del procediment.
- Memòria del secretari general tècnic, amb data de 29 de gener de 2002, relativa a l'oportunitat de regulació i adequació de les mesures proposades a les finalitats perseguides per la norma.

- Projecte de Decret.
- Memòria econòmica del director general de Pressuposts, de data 8 de febrer de 2002.
- Informe del Servei Jurídic de la Secretaria General Tècnica de data 11 de febrer de 2002.
- Informe del secretari general tècnic de data 11 de febrer de 2002.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'informe sol·licitat té el caràcter preceptiu a tenor de l'art. 2.1.a) del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes.
2. El secretari general tècnic, està legitimat per sol·licitar l'informe segons l'art. 12 de l'esmentat Decret; es compleixen els requisits de l'article 16.4 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).

Consideracions jurídiques

Primera. El Projecte de decret que se sotmet a l'emissió d'informe d'aquesta Junta Consultiva constitueix una adaptació a l'àmbit organitzatiu autonòmic de la normativa estatal, constituïda per l'article 147 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscal, administratives i d'ordre social, i el Reial decret 704/1997, de 16 de maig, de desplegament de l'article esmentat, que regulen la figura del contracte administratiu d'obres sota la modalitat d'abonament total del preu.

En els set articles, la disposició addicional i les dues disposicions finals, en què es distribueix el text del Projecte de projecte de decret s'han recopilat i refós el conjunt de regles establertes per les normes estatals que es pretén adaptar, fent ús en gran mesura d'una redacció idèntica en els continguts essencials i amb la lògica variació dels distints òrgans administratius que intervenen en la tramitació prevista.

A judici d'aquesta Junta Consultiva, la tècnica jurídica seguida en l'elaboració del text del Decret ha esta correcta, a més a més, també és adequada la remissió supletòria continguda en la disposició addicional única al text legal creador d'aquesta modalitat de contracte d'obra, i no, al Reial decret que el desplega, la qual cosa és congruent per evitar contradiccions interpretatives i no considerar aplicables aquelles disposicions del Reial decret 704/1997, que no s'han volgut transposar al projecte autonòmic, com per exemple l'obligació de confeccionar i transmetre anualment un programa d'obres a dur a terme sota aquesta modalitat.

La separació, lleu per altra banda, que es produeix en la regulació dels requisits i tràmits del procediment a seguir en el corresponent expedient de contractació és procedent i ajustat al dret, sense perjudici del que després comentaré respecte de la pròpia normativa autonòmica, atès que no afecta cap del aspectes considerats bàsics per la disposició final primera del Reial decret 704/1997, de 16 de maig.

Segona. Entrant en l'anàlisi dels continguts de cadascun dels preceptes del Projecte de decret ens trobem que a l'article 1, apartat 2, s'utilitza l'expressió "*moment de la recepció de l'obra*" quan en el text legal (art. 147.1 de la Llei 13/1996) diu "*moment de la terminació de l'obra*". Aquest moment està referit al del pagament únic per part de l'Administració. Entenem que aquesta expressió, en lloc de contradir, el que fa és aclarir, ja que tant el text legal com el Projecte de decret, tot seguit de les esmentades expressions diuen: "... *obligant-se el contractista a finançar la construcció avançant les quantitats necessàries fins que es produeixi la recepció de l'obra acabada*". I el mateix art. 147, a l'apartat set disposa que: "... *s'autoritza expressament l'Administració perquè efectui el pagament únic des de la recepció de l'obra acabada*". Per la qual cosa utilitzar el vocable "*recepció*" en lloc del de "*terminació*". És més coherent i és presta menys a dubtes interpretatives.

L'article 4 del projecte de decret es titula "*Obres susceptibles de contractació sota la modalitat d'abonament total del preu*". No obstant, els diferents apartats que el conformen no fan referència a aquestes obres, sinó que estableixen el procediment a seguir. Suggeresc un canvi de denominació del títol de l'article d'acord al seu contingut (per exemple: "*Procediment*".)

En el mateix article, a l'apartat 1, *in fine*, es remet a “...article 4.4 d'aquest Decret...” Atès que la remissió es produeix dins del mateix article, tal vegada seria més correcte remetre “...a l'apartat 4 d'aquest article”.

Per últim, l'apartat 4 d'aquest article 4, diu: “*Quan correspongui, juntament amb la proposta d'acord a que es refereix l'apartat anterior, l'òrgan de contractació ha de trametre al Consell de Govern les propostes d'acord d'autorització prèvia a que es refereix l'article 2.5 del Decret 147/2000, de 10 de novembre de contractació*”. El Decret 147/2000 en l'article 2.5 de remissió no exclou de l'autorització prèvia a cap contracte que superi el pressupost de 150.253,03 € (25 milions de pessetes), quantitat àmpliament superada per les quanties que han de tenir els contractes d'obres sota la modalitat d'abonament total del preu. És per això que dita autorització ha d'existir sempre, o no té sentit la redacció utilitzada a l'inici d'aquest apartat la supressió d'aquest article.

Tercera. L'apartat 3 de l'article 4 del Projecte de decret Menció mereix una atenció especial, en tant que contradiu el que disposa el Decret 147/2000, de 10 de novembre sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Diu aquest apartat 3 que la Direcció General de Pressuposts ha d'emetre un informe i ha d'eleva al conseller d'Hisenda i Pressuposts qui, al seu torn, ha de presentar al Consell de Govern, si n'és el cas la corresponent proposta d'acord.

En primer lloc, hem d'entendre que aquest informe que ha d'emetre la Direcció General de Pressuposts és el que preveu l'apartat 1 del mateix article 4 del Projecte de decret, quan diu que: “*Les Conselleries, les entitats autònomes i les empreses públiques que pretenguin utilitzar el contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, han de sol·licitar informe previ a la Direcció General de Pressuposts...*”. Han d'acompanyar aquesta sol·licitud d'informe els documents assenyalats a l'apartat 2 de l'article que tractem. Però després no s'entén bé que la Direcció General de Pressuposts, segons diu l'apartat 3, en comptes de remetre l'informe a qui el sol·licita, l'hagi d'eleva al conseller d'Hisenda i Pressuposts. Igualment tampoc s'entén que aquest hagi de presentar una proposta d'acord al Consell de Govern.

El Decret 147/2000, de contractació de la CAIB, a l'article 2, atorga la condició d'òrgan de contractació als titulars de les Conselleries i als representants legals de les entitats autònomes i de les empreses públiques, en cap cas ho fa al Consell de Govern, qui té la potestat d'atorgar una autorització prèvia vinculant per a la tramitació de l'expedient, la previsió del qual és a l'apartat 4 d'aquest art. 4 del Projecte de decret, amb la matisació que ja he anotat en la consideració jurídica precedent.

Seria lògic doncs, que l'informe de la direcció General de Pressuposts es trametés a l'òrgan de contractació que el va sol·licitar i que aquest continués la tramitació de l'expedient fins que sigui adjudicat, sense perjudici d'intercalar intervenció prèvia i preceptiva del conseller d'Hisenda, si així es vol, i que així mateix s'hauria de regular.

Ara bé, si el que es pretén és canviar la competència dels òrgans de contractació, la qual cosa és factible donat el mateix grau jeràrquic de ambdues normatives, s'ha d'explicitar en el text de l'articulat de forma més clara i afegir-hi una disposició derogatòria que l'especifiqui.

Conclusió

La Junta Consultiva, reunida en Ple el dia indicat a l'encapçalament, acordà informar favorablement sobre *el Projecte de decret pel qual s'adopta el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra, sota la modalitat d'abonament total del preu a l'organització de l'administració de la CAIB*, amb les observacions no essencials contingudes en la consideració jurídica segona i la condició expressa del que s'indica en la consideració jurídica tercera.

Informe 3/02, de 27 de març de 2002

Contracte d'obres. Exempció de classificació. Empresa escindida. Únic licitador.

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria de Presidència mitjançant l'escrit que a continuació transcriu literalment, demana a aquesta Junta que emeti un informe:

La Conselleria de Presidència tramita un expedient de contractació amb les característiques següents:

Objecte: Obres de reforma d'un edifici per a l'ús de l'arxiu de la comunitat autònoma de les Illes Balears, (exp. 111/02). Import: 435.372,11 €.

Tramitació de l'expedient: procediment obert, forma subhasta.

CLASSIFICACIÓ EXIGIDA: grup c, subgrups: tots, categoria d.

Dins el termini establert a la licitació de l'expedient de referència en temps i forma, sols ha presentat la proposició l'empresa CONTRATAS BARTOLOMÉ RAMON, SA, CIF A 57115701.

Dia 18 de març de 2002, va tenir lloc la reunió de la Mesa de Contractació per examinar la documentació administrativa.

Examinada la documentació comprovarem que l'empresa CONTRATAS BARTOLOMÉ RAMÓN SA, CIF A 57115701, no presenta la classificació exigida en el plec de clàusules administratives que regeixen aquesta contractació.

En la documentació presentada per l'empresa CONTRATAS BARTOLOME RAMON, SA, consta un escrit de data 14 de març de 2002, en què manifesta que ha presentat l'expedient de classificació de contractistes d'obres de l'Estat i que està esperant la classificació en el grup c subgrups del 0 a 9, categoria F. A més manifesta que tan prest tengui la classificació s'aportarà.

A l'ampara de l'art. 25.3 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, sobre la possibilitat d'adjudicar l'expedient de

contractació 111/02, que consisteix en un contracte d'obres de reforma d'un edifici per a l'ús de l'arxiu de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i atès que l'empresa CONTRATAS BARTOLOME RAMON SA, CIF A 57115701, és l'única empresa que s'ha presentat a la licitació de referència, tot i que no acrediti estar en possessió de la classificació corresponent, i atès que l'esmentada empresa presenta tota la documentació de la societat escindida CONSTRUCCIONES Y PAVIMENTACIONES BARTOLOME RAMON SA, i a l'escriptura núm. 3427, es detalla la participació de l'empresa CONTRATAS BARTOLOME RAMON, SA, com a president de la Mesa de Contractació de l'expedient de referència i secretari general tècnic de la Conselleria de Presidència, i atesa la urgència i que no es pot demorar més l'adjudicació d'aquest contracte, l'òrgan de contractació proposarà al Consell de Govern l'excepció de la classificació a l'ampara de l'art. 25.3 de la LCAP. Atès que segons l'esmentat precepte s'ha de sol·licitar un informe previ de la Junta Consultiva de Contractació, deman que s'emeti l'esmentat informe.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'informe que es demana té caràcter de preceptiu d'acord amb l'art. 2, apartat 1, del Decret 20/1997, de 7 de febrer de creació de la Junta consultiva de la CAIB, en relació amb l'art. 25 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).
2. El secretari general tècnic de la Conselleria de Presidència té legitimació per demanar l'informe d'acord amb els articles 12 del Decret 20/1997, i 15 del Reglament d'Organització i Funcionament de la Junta Consultiva (Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, BOCAIB de 25-10-97).
3. S'adjunta un informe jurídic sobre la qüestió en compliment de l'art. 16 de l'esmentat Reglament.

Consideracions jurídiques

Primera. El sol·licitant de l'informe pretén obtenir del Consell de Govern l'autorització per poder contractar l'obra de reforma d'un edifici amb una empresa que manca de la classificació exigida, però que ha estat l'única que ha presentat, en temps i forma, la proposició.

També addueix en l'escrit que l'empresa licitadora procedeix de l'escissió d'una altra, la personalitat de la qual ha quedat extingida, que estava en possessió la classificació pertinent.

Per últim, justifica l'excepcionalitat de la mesura en la impossibilitat de demorar més l'adjudicació.

L'article 25.3 de la LCAP permet que *“quan així sigui convenient per als interessos públics”* es pugui autoritzar, excepcionalment, la contractació d'empreses no classificades, i estableix dues cauteles per no generalitzar aquesta possibilitat; una, d'atorgar aquesta competència a l'òrgan màxim col·legiat de l'Administració (el Consell de Ministres en la de l'Estat i el Consell de Govern de la comunitat autònoma) i altre, la d'exigir l'informe previ de la Junta Consultiva.

La rigidesa de plantejament que ja venia recollida a l'anterior Llei de contractes de l'Estat en un precepte similar (art. 106) i la constant doctrina continguda en els informes de la Junta Consultiva de l'Administració general de l'Estat interpretant restrictivament aquesta possibilitat, va ser temperada a partir de l'1 de gener de 1998, data d'entrada en vigor de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, que, en article 77 va addicionar l'apartat núm. 5 a l'article 25 de la LCAP, que permet acudir a un nou procediment sense exigència de classificació quan el primer *“no hagué concorregut cap empresa classificada”*.

Òbviament, des de la vigència d'aquest apartat 5, es podria interpretar que en no especificar-se cap tipus de procediment en el text de l'apartat, res impediria acudir al procediment negociat i adjudicar el contracte a l'única empresa presentada, sense el requisit de classificació. Però aquesta simplificació interpretativa faria innecessari i inútil l'apartat 3 que ara ens ocupa, ja que per que sol·licitar una autorització si es pot adjudicar directament? Aquesta és la raó la Junta va interpretar en l'informe 11/98, de 14 de setembre, que no era possible acudir al procediment negociat sense haver-hi passat abans per altre procediment obert o restringit, per mor del joc d'aquest precepte i els art. 141.a) 182.a) i 210.a), segons es raona en l'informe esmentat.

Segona. Procedeix, doncs, analitzar les circumstàncies concretes del cas plantejat per decidir el sentit d'aquest preceptiu i previ informe.

Des del punt de vista del respecte als principis de la contractació administrativa, en especial dels de publicitat i igualtat, res no obsta a l'exempció de la classificació, atès a que van poder fer i no ho feren, participar en la subhasta oberta convocada.

Les empreses no classificades, si s'autoritza l'exempció al licitador en qüestió, no tindrien l'oportunitat de participar en una segona licitació si s'utilitzés la via, indicada en la consideració precedent, de l'apartat 5 de l'art. 25 de la LCAP. Però aquesta via, a més que es potestativa, segons es diu en l'esmentat apartat, es contraposa a altres aspectes presents en el cas i que sustentarien la posició adoptada per l'òrgan de contractació; Tal i com diu l'escrit de sol·licitud, existeix l'interès públic de la no dilatació temporal en l'adjudicació, circumstància que, en el seu cas i moment, haurà d'enjudiciar el Consell de Govern, i també existeix l'interès públic de que l'empresa adjudicatària tingui classificació o els elements necessaris per tenir-la.

L'escissió d'una societat produïda durant la tramitació d'un procediment no provoca, per si sola, la seva exclusió en la licitació ja que, segons l'art. 79.4 de la LCAP: *“succeirà en la seva posició en el procediment la societat beneficiària de l'escissió..”* i l'escissió d'una societat amb contracte adjudicat tampoc provoca, per si sola, la resolució del contracte, que, segons l'art. 112.6 de la LCAP: *“continuarà amb l'entitat resultant o beneficiària, que quedarà subrogada...”*. En ambdós casos se supedita la continuïtat a què la societat beneficiària mantingui els requisits de solvència exigits a les escindides.

En el present cas la societat escindida estava en possessió de la classificació exigida, fins i tot amb dos categories superiors, atorgada per la Junta Consultiva Estatal i també per l'autonòmica, amb vigència fins el 24 d'abril de 2003 i el 29 de març de 2003 respectivament. L'empresa manifesta a l'expedient que té sol·licitada la classificació.

De la documentació aportada es desprèn que l'empresa beneficiària ha rebut el 50% dels patrimonis, drets i de les obligacions de l'escindida,

detall pel qual sembla que no es descabellat que s'obtingui, si no en la mateixa categoria que tenia l'empresa escindida, sí, almenys l'exigida en aquesta licitació. Tot això sense perjudici del que decideixi l'expedient que es trameti a l'efecte i de la consideració jurídica tercera d'aquesta informe.

L'únic que es podria reprotxar a l'empresa seria la falta de diligència en la sol·licitud d'una nova classificació. Ara bé, cal tenir en compte que les respostes de les administracions no són sempre ràpides, i que, en qualsevol cas, sempre ha d'haver una "*vacatio temporis*" sense l'obtenció "*formal*" de la classificació.

No es veuen en conseqüència amb el que he dit, motius greus per oposar-se a que s'autoritzi l'exempció de classificació, atès de que no existeixen licitadors amb classificació que voluntàriament hagin volgut participar en la licitació i, a més, l'empresa beneficiària de l'escissió gaudeix d'una aparent herència de la solvència, de la que mancarien les altres empreses no classificades que poguessin licitar si s'utilitzés la via de l'apartat 5 de l'art. 25 de la LCAP.

Tercera. La classificació és un requisit impost pel legislador per poder licitar determinats contractes amb les administracions públiques. Justifica aquesta existència el fet que una entitat diferent de l'òrgan de contractació intervé a l'hora d'avaluar la solvència econòmica, financera, tècnica o professional de les empreses, amb caràcter previ i general a l'objecte del contracte concret en que s'exigeix.

En efecte, per poder contractar amb les administracions públiques, la llei exigeix que les empreses tinguin "*plena capacitat d'obrar i acreditin la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional...*" (art. 15.1).

La classificació l'atorga la Junta Consultiva de Contractació Administrativa (art. 28) i una vegada obtinguda, s'eximeix l'empresa d'haver d'acreditar la solvència cada vegada que liciti a contractes per als quals la llei (art. 25) exigeix la classificació. Al mateix temps allibera els òrgans de contractació de l'obligació d'apreciar i avaluar la solvència, que s'han de limitar tan sols a constatar l'exigència i vigència de la corresponent classificació.

Venen a tom aquestes consideracions doctrinals per deixar constància que si el Consell de Govern autoritza excepcionalment l'exempció de la classificació en aquests cas, l'òrgan de contractació ha d'apreciar i avaluar la solvència de l'empresa que pretén contractar, atès que haurà desaparegut l'automatisme de la substitució prevista per la llei quan es té la classificació.

Conclusió

La Junta Consultiva entén que en aquest cas no existeixen circumstàncies objectives que desaconsellin la utilització de l'exceptionalitat d'exigència de la classificació, sempre que quedi limitada a l'adjudicació del contracte en qüestió, ateses les raons d'interès públic que ha d'apreciar el Consell de Govern, sense perjudici de l'avaluació de solvència que ha d'efectuar l'òrgan de contractació abans d'adjudicar el contracte.

Informe 4/02, de 27 de juny de 2002

Decret de mesures en la contractació administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació.

Antecedents

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Treball i Formació s'adreça a aquesta Junta Consultiva sol·licitant l'informe preceptiu a l'esborrany del Decret de mesures en la contractació administrativa de CAIB de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació.

Del text aportat –que consta d'una exposició de motius, sis articles, una disposició derogatòria i una disposició final–, convé transcriure'n, als efectes d'aquest informe, els apartats següents, ja que la resta del Decret conté només regulacions procedimentals:

Article 2.

Criteris objectius d'adjudicació en relació amb l'ocupació

1. *En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes que s'hagin d'adjudicar mitjançant concurs, a més dels criteris objectius que s'estableixen d'acord amb el previst en l'article 86 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, de contractes de les administracions públiques, s'han d'incloure necessàriament un o diversos dels criteris següents relatius a l'ocupació, atenent les característiques específiques de l'objecte de cada contracte:*
 - a) *Estabilitat de la plantilla de l'empresa referida al manteniment o a l'increment del nombre de treballadors amb contracte indefinit durant l'any anterior a la data de presentació de la proposició.*
 - b) *Percentatge de treballadors amb contracte indefinit en la plantilla de l'empresa en el moment de presentar la proposició, respecte del total dels treballadors de l'empresa.*
 - c) *Percentatge de treballadors de la plantilla de l'empresa afectes a l'execució directa de l'objecte del contracte.*
 - d) *Noves contractacions de treballadors vinculades a l'execució de l'objecte del contracte.*

Als efectes de valoració dels criteris objectius d'ocupació, en el cas d'empresaris individuals s'ha de tenir en compte, així mateix, l'alta en el règim especial de treballadors autònoms.

D'altra banda, l'apartat 3 d'aquest article disposa que "s'ha d'atribuir en tot cas als criteris objectius de l'ocupació, en conjunt, una ponderació del 20% del total de la baremació."

Article 4.

Mesures de contractació amb empreses que estiguin obligades a tenir en la plantilla treballadors minusvàlids

- 1. En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes, els òrgans de contractació, entre les obligacions del contractista, n'han d'incloure una relativa al compliment de l'obligació de tenir empleats, durant la vigència del contracte, treballadors minusvàlids, almenys, en un 2 per 100 de la plantilla de l'empresa, si aquesta assoleix un nombre de 50 o més treballadors i el contractista està subjecte a aquesta obligació, d'acord amb l'article 38.1 de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'integració social de minusvàlids, o el compliment de les mesures previstes en el Reial decret 27/2000, de 14 de gener, de mesures alternatives.*

Article 5.

Mesures de contractació referents a l'obligació del compliment de la Llei de prevenció de riscos laborals

- 1. En els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes, els òrgans de contractació, entre les obligacions del contractista, n'han d'incloure una relativa al millor compliment de l'obligació empresarial en matèria de prevenció de riscos laborals, durant la vigència del contracte, d'acord amb l'article 24 de la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals, com una condició més de qualitat.*

Article 6.

Contractació amb empreses que tinguin treballadors minusvàlids

Els òrgans de contractació han d'establir en els plecs de clàusules administratives particulars la preferència en l'adjudicació dels contractes

per a les proposicions presentades per les empreses que, sense estar subjectes a l'obligació a què es refereix l'article 4 d'aquest Decret, en el moment d'acreditar la solvència tècnica tinguin en la seva plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2 per 100, sempre que aquestes proposicions igualin en els seus termes les més avantatjoses després d'aplicar el criteri preu en les subhastes i els criteris objectius establerts per a l'adjudicació en els concursos. A aquests efectes, les empreses han d'acreditar aquesta circumstància presentant contractes de treball i documents de cotització en la Seguretat Social.

S'adjunta còpia del Decret 213/1998 de la comunitat de Madrid, el contingut del qual és molt semblant al de l'esborrany que se sotmet a informe.

També s'acompanya una còpia del dictamen del Consell d'Estat, de data 4 de juny de 1998, sobre l'Acord marc per donar suport a l'estabilitat i a la qualitat del treball, del qual du causa el Decret esmentat de la comunitat de Madrid.

Pressupòsits d'admissibilitat

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat, ja que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho, i ho fa de la manera que preveu el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el Reglament d'organització i funcionament de la Junta esmentada, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997), atès que l'informe de la Secretaria General Tècnica a què es refereix l'apartat 4 de l'article 16 del Reglament esmentat queda sotmès al mateix escrit de sol·licitud i als arguments que conté el preàmbul de l'esborrany del Decret, com també a l'Informe del Consell d'Estat que s'acompanya.

Consideracions jurídiques

Primera. El Projecte de norma que se sotmet al parer d'aquesta Junta Consultiva, per imperatiu de l'art. 2.1.a del Decret 20/1997, que la va crear, constitueix, en essència, una adaptació a l'àmbit balear del Decret 213/1998 que, per a la comunitat autònoma de Madrid, regula la inclusió

de mesures de caràcter social –concretament de suport a l'estabilitat i a la qualitat de l'ocupació– en la contractació administrativa.

Els aspectes socials en la contractació de les administracions han estat objecte d'anàlisi per part de aquesta Junta Consultiva en l'Informe 16/01, el contingut del qual és plenament traslladable i aplicable al Projecte de decret que ara ens ocupa i del qual convé reproduir la consideració jurídica segona, per la íntima relació que presenta amb aquest Informe:

“La qüestió sobre la possibilitat d'utilitzar criteris d'utilitat social en l'adjudicació de contractes quan el procediment seguit sigui el de concurs ha estat matèria àmpliament tractada i debatuda en diferents fòrums, en aparèixer en dicotomia aparent els principis inspiradors de la contractació pública, que estan continguts en les directrius dictades sobre la matèria, amb els fins perseguits igualment per les directrius que tracten els aspectes socials i la protecció dels drets dels treballadors.

Sobre aquest particular s'han pronunciat el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (assumpte C-31/87–Beentjes BV), la Comissió de la Comunitat Europea (Comunicació d'11 de març de 1998, completada per la recent de 15 d'octubre de 2001), la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (Informe 44-98, entre d'altres), i la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya (Recomanació 1/2002, de 5 d'abril), per esmentar només alguns exemples.

La doctrina que es desprèn dels antecedents esmentats, que aborden el problema amb gran amplitud d'exposició i des de multitud d'angles, i als quals ens remetem per a una millor comprensió global del tema, es pot resumir en tres idees principals:

1) Els criteris d'adjudicació només poden basar-se en aspectes referits a la mateixa oferta i a l'objecte possible del contracte.

L'article 86 de la LCAP assenyala que els criteris que han de servir de base per a l'adjudicació dels concursos han de ser objectius, i enumera, de manera enunciativa, el preu; la fórmula de revisió, si n'és el cas; el termini d'execució o de lliurament; el cost d'utilització; la qualitat; la rendibilitat; el valor tècnic; les característiques estètiques o funcionals; la possibilitat

de recanvis; el manteniment; l'assistència tècnica; el servei de postvenda, i altres de semblants. Tots aquests criteris es refereixen només a l'oferta.

En el mateix sentit, i d'on dimana l'art. 86 de l'LCAP, es pronuncien les directrius sobre contractes públics (art. 36 de la Directriu 92/50/CEE, art. 26 de la Directriu 93/36/CEE, art. 30 de la Directriu 93/37/CEE, i art. 34 de la Directriu 93/38/CEE), que citen a títol d'exemple criteris com el preu, el termini d'execució, el cost d'utilització, la rendibilitat, el valor tècnic, les qualitats, les característiques estètiques i funcionals, l'assistència, etc.

La Comissió Europea, en la Comunicació interpretativa de 15 d'octubre de 2001, diu que:

“La característica comuna als criteris utilitzats per valorar les ofertes, com també als criteris que s'esmenten com a exemple, és que tots s'han de referir a la naturalesa de la prestació objecte del contracte o a les condicions d'execució del contracte. La seva finalitat és permetre als poders adjudicadors comparar les ofertes de manera objectiva, a fi de determinar la que millor en respon a les necessitats en el marc d'un contracte determinat. Qualsevol criteri d'adjudicació ha de permetre valorar les qualitats intrínseques d'un producte o d'un servei.

Els criteris d'adjudicació han d'estar vinculats, per tant, a l'objecte o a les condicions d'execució del contracte.”

2) La persecució d'objectius socials té reconeixement en l'àmbit de la contractació administrativa en altres moments procedimentals diferents al de l'establiment dels criteris d'adjudicació.

Així, ja en la fase d'elecció de l'objecte del contracte, l'òrgan de contractació té l'oportunitat de tenir en compte els aspectes socials i d'escollir un producte o servei que es correspongui amb els objectius socials que té (per exemple, contractes amb especificacions tècniques adreçades a persones discapacitades —com l'amplada dels passadissos i de les portes, lavabos adaptats o rampes d'accés—, contractes de formació adreçats a aturats de llarga duració, o contractes de compra de material o serveis informàtics adaptats a les necessitats de persones discapacitades), però s'ha de respectar sempre que l'objecte del contracte no restringeixi

l'accés a empreses d'un sol estat, en detriment d'altres estats membres de la Comunitat Europea.

En la fase de selecció dels licitadors s'han de tenir en compte els aspectes socials, com és l'acreditació d'estar al corrent de les obligacions amb la Seguretat Social o l'exclusió de qualsevol licitador que hagi estat condemnat en sentència ferma per delictes que afectin la Seguretat Social o els drets dels treballadors, o que hagi estat sancionat per infraccions en matèria d'integració laboral de minusvàlids o en matèria social (art. 20 de l'LCAP; apartats a, c, f).

També, en aquesta fase selectiva —en concret, en el moment d'acreditar la capacitat tècnica dels candidats o licitadors—, es pot exigir una determinada experiència o uns determinats coneixements tècnics per demostrar la solvència dels candidats en contractes que requereixin unes aptituds específiques en matèria social (per exemple, experiència específica en matèria de gestió d'una escola d'infants o de serveis de formació per a aturats de llarga duració).

3) La possibilitat d'imposar el compliment de determinats objectius socials pot venir per via d'una condició d'execució del contracte establerta en les clàusules contractuals.

Els òrgans de contractació tenen la possibilitat de definir clàusules contractuals que determinin la forma d'execució del contracte. Ara bé, aquestes clàusules no poden tenir un efecte discriminatori directe o indirecte i "s'han d'ajustar a totes les normes procedimentals de les directives i, en concret, a les relatives a la publicitat. No poden consistir en especificacions tècniques encobertes ni tampoc referir-se a la comprovació de l'aptitud dels licitadors sobre la base de la capacitat econòmica, financera i tècnica que tinguin o als criteris d'adjudicació. En aquest sentit, la clàusula contractual és independent de l'avaluació de la capacitat dels licitadors per dur a terme els treballs i dels criteris d'adjudicació", com diu la Comissió Europea en l'esmentada Comunicació de 15-10-2001, que també afegeix que "aquestes condicions s'han d'esmentar en l'anunci del contracte, a fi que tots els candidats o licitadors en tinguin coneixement."

La Comissió cita els exemples següents de clàusules contractuals en matèria social que els òrgans de contractació poden imposar al titular del contracte, sempre que es compleixin els requisits esmentats:

- “L’obligació de donar feina a aturats, sobretot de llarga durada, o d’organitzar activitats de formació per a la gent jove o aturada en fer la prestació.*
- L’obligació d’aplicar, en fer la prestació, mesures adreçades a promoure la igualtat d’oportunitats entre homes i dones, o la diversitat racial o ètnica.*
- L’obligació de respectar, en fer la prestació, l’essencial de les disposicions dels convenis fonamentals de l’OIT, en el supòsit que aquests convenis no estiguin encara incorporats a l’ordenament jurídic nacional.*
- L’obligació de contractar, amb vistes a l’execució del contracte, un nombre de persones discapacitades superior a l’exigit per la legislació nacional de l’estat membre on s’executa el contracte o per la del titular del contracte.”*

S’ha d’insistir que les condicions imposades a l’adjudicatari no poden suposar una discriminació o constituir una restricció injustificada, atès que, per exemple, en un contracte de subministrament resulta difícil imaginar aquests tipus de clàusules que, fent referència a la manera d’execució, requereixen una adaptació de l’organització, de l’estructura o de la política d’una empresa ja establerta. Això ens porta a fer una anàlisi concreta de cada supòsit contractual per delimitar si concorren o no les circumstàncies que permeten fixar les condicions contractuals d’ordre social sense incórrer en causes de discriminació.”

Segona. El text de l’article 2, apartats 1 i 3, del Projecte de decret (transcripció literal de l’article 3 del Decret de la comunitat de Madrid) es troba en l’actualitat qüestionat per la Comissió de les Comunitats Autònomes Europees, en Dictamen motivat remès el 8 de febrer de 2002 a la Representació Permanent d’Espanya davant la Unió Europea (infracció núm. 1998/5040), la part dispositiva del qual diu:

“ATÈS AIXÒ, LA COMISSIÓ DE LES COMISSIONS EUROPEES,

després d'oferir al Govern del Regne d'Espanya la possibilitat de presentar les observacions mitjançant carta d'emplaçament de 12 d'abril de 2000 (ref. SG (2000), D/103090) i d'acord amb la resposta del Govern espanyol de 13 de juliol de 2000 (ref. SG (2000)A/09019),

EMET EL DICTAMEN MOTIVAT SEGÜENT

D'acord amb el que disposa el paràgraf primer de l'article 226 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, que, en preveure en el Decret 213/1998, de 17 de desembre, del Consell de Govern de la comunitat autònoma de Madrid, que els poders adjudicadors d'aquesta comunitat autònoma han d'incloure concurs un o diversos criteris relatius al treball en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes que s'hagin d'adjudicar mitjançant, el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que l'incumbeixen d'acord amb les directrius sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics i, en particular, d'acord amb els articles 36 de la Directiva 92/50/CEE, 26 de la Directiva 93/36/CEE, i 30 de la Directiva 93/37/CEE, que es modifiquen per la Directiva 97/52/CEE, com també per l'article de la Directiva 93/38/CEE, que és modificada per la Directiva 98/04/CEE.

En aplicació del que disposa el paràgraf primer de l'article 226 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, la Comissió convida el Regne d'Espanya a adoptar les mesures requerides per ajustar-se a aquest Dictamen motivat en un termini de dos mesos, comptadors a partir d'haver-lo rebut. Fet a Brussel·les el 20-X-2001.”

Convé transcriure també alguns paràgrafs dels fonaments de dret, que constitueixen la part argumentària del Dictamen motivat i que són coincidents amb el parer d'aquesta Junta Consultiva:

“No hi ha cap dubte que els objectius que persegueix la comunitat autònoma de Madrid en relació amb la promoció del treball estable no només són lloables, sinó que també adequen perfectament a la política social comunitària. El que la Comissió objecta no és la finalitat, sinó

el mitjà. Les directrius comunitàries sobre contractació pública i les disposicions del Tractat que són aplicables en la matèria s'integren en el marc de la realització del mercat interior: els objectius són, d'una banda, optimitzar la gestió de les compres públiques —que tracta d'obtenir la millor elecció qualitat preu— i, de l'altra, garantir una competència efectiva i unes condicions d'accés al mercat iguals per a totes les empreses. Les directrius que regeixen la contractació pública no han estat, per tant, concebudes com a instruments de la política social, que té altres mitjans dels quals servir-se. Això es reflecteix en l'articulat actual de les directrius, que només admeten les dues formes d'adjudicació descrites abans, sense haver d'incloure entre els criteris d'adjudicació cap consideració aliena a la prestació entre els criteris d'adjudicació que es tracti.”

...

“En qualsevol cas, el dret comunitari de contractació pública ofereix tot un ventall de possibilitats per integrar aspectes socials i, per tant, per fer política social amb ocasió de les licitacions. Aquestes possibilitats, que s'estenen al procediment d'adjudicació, es recullen en la Comunicació esmentada de 15 d'octubre de 2001. Ara bé, a l'hora de determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa (fase d'adjudicació), a part del criteri addicional de desempat desenvolupat pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, segons la Comunicació, només es poden utilitzar els aspectes socials que impliquen per al poder adjudicador un avantatge econòmic lligat al producte o servei objecte del contracte.”

...

“Com ja va aclarir en la Comunicació de 15 d'octubre de 2001, la Comissió considera que la determinació de l'oferta més avantatjosa econòmicament respon, en les directrius sobre contractació pública, a criteris que es relacionen amb la prestació concreta, sense haver-hi consideracions relacionades amb “l'economia en general.”

*La Comunicació diu explícitament que “la característica comuna als criteris utilitzats per valorar les ofertes és que, igual que els criteris que s'esmenten com a exemple, tots han de fer referència a la naturalesa de la prestació objecte del contracte o a les seves condicions d'execució. La finalitat és permetre als poders adjudicadors comparar les ofertes de manera objectiva, amb la finalitat de determinar la que millor en respon a les necessitats **en el marc d'un contracte determinat**. Qualsevol criteri d'adjudicació ha de permetre **valorar les qualitats intrínseques***

d'un producte o servei. Els criteris d'adjudicació, per tant, han d'estar vinculats a l'objecte del contracte o a les condicions d'execució."

*I afegeix el següent: "Al contrari, les quotes de contractes reservades per a una categoria determinada de proveïdors [...], per exemple, serien incompatibles amb les actuals directives sobre contractes públics. S'ha de dir el mateix dels criteris que es refereixin al grau en què els licitadors utilitzin una determinada categoria de persones o apliquin un programa de promoció de la igualtat d'oportunitats; això és —dit d'una altra manera—, dels criteris que són aliens a l'objecte del contracte o a les condicions d'execució d'aquest. Aquests criteris, que no contribueixen a seleccionar l'oferta econòmicament més avantatjosa manquen exclosos per les actuals directrius, ja que la seva finalitat ha de consistir en fer possible l'avaluació de **les qualitats intrínseques d'un producte o una prestació**. Atès això, aquests criteris es considerarien incompatibles amb els compromisos que adquireixen els estats membres a través de l'Acord sobre contractació pública celebrat en el marc de l'Organització Mundial del Comerç."*

...

"En conseqüència, la Comissió considera que els criteris relatius a la qualificació o a la formació dels recursos humans d'una empresa s'haurien de considerar, si n'és el cas, per apreciar la capacitat tècnica d'aquesta en la fase de selecció dels contractistes, però mai en el moment de determinar l'oferta més avantatjosa econòmicament."

En qualsevol cas, la Comissió vol precisar que, segons la jurisprudència Beentjes, "aquest requisit (contractar treballadors en atur prolongat) no guarda cap relació ni amb la verificació de l'aptitud dels contractistes per a la capacitat econòmica, financera i tècnica, ni amb els criteris d'adjudicació del contracte". En conseqüència, les condicions relatives a l'ocupació tampoc no poden admetre's com a criteris de selecció dels contractistes, pel fet de que no es refereixen a la seva capacitat tècnica, econòmica i financera. Només en el supòsit que els licitadors hagin violat alguna legislació en matèria social i que aquesta violació suposi una falta professional greu o un delicta que afecti la moralitat professional podrien ser descartats del procediment d'adjudicació.

En les conversacions que es van mantenir amb els serveis de la Comissió, les autoritats espanyoles van indicar, a més, que almenys dues de les mesures previstes pel Decret, a saber, les que es descriuen en les lletres c) i d), es podien considerar condicions d'execució del contracte, ja que es valoren sobre la base d'un document que recull el compromís de noves contractacions per executar el contracte (lletra d).

Ara bé, aquest argument no té en compte el fet que els criteris de les lletres c) i d), com també de les lletres a) i b), es qualifiquen en avaluar les ofertes, ja que es pot atribuir una puntuació de fins un 20% del total de la baremació als licitadors que els compleixin. Per tot això, aquests criteris no actuen com a condicions d'execució, sinó com a criteris d'adjudicació del contracte, la qual cosa, segons la Comunicació interpretativa de 15 d'octubre de 2001, no és admissible.

Atès això, la Comissió considera que l'argument de les autoritats espanyoles segons el qual dos dels criteris en qüestió serien realment condicions d'execució del contracte no es pot acceptar.”

Normalment, després del Dictamen motivat que l'Estat membre de la CE al qual s'adreça no atén, ve una demanda davant el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, que ha de ser, en definitiva, el que dirimeixi la discrepància. Per tant, no sembla que sigui el millor moment per promulgar una norma que pràcticament es podria considerar *sub iudice*, sense perjudici del criteri, ja apuntat, d'aquesta Junta Consultiva acord amb els plantejaments de la Comissió a la llum de les directrius vigents en matèria de contractació administrativa.

Tercera. Les mesures que es defineixen en els articles 4, 5 i 6 del Projecte de decret són només una reiteració de les obligacions que sobre cadascuna de les matèries tractades imposa la seva legislació específica, per la qual cosa només aporten com a novetat la seva plasmació en els plecs de clàusules administratives particulars, cosa que es pot aconseguir mitjançant altres instruments jurídics, com és el cas dels models tipus de plecs –per ser utilitzats amb caràcter general per tots els òrgans de contractació–, en què es poden reflectir aquestes obligacions i la forma i els efectes de complir-los.

El mateix Projecte de decret s'encarrega de dir quina és la Norma legal de què dimana la mesura corresponent, malgrat el cas de l'article 6, que tracta dels desempats a favor de l'empresa que tingui en plantilla un nombre de treballadors minusvàlids no inferior al 2%, circumstància que ve regulada en la disposició addicional octava del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, en què, a més, se'n considera una altra que fa referència a la preferència de les entitats sense ànim de lucre en els contractes relatius a prestacions de caràcter social o assistencial, que no es recullen en el Projecte de decret.

Conclusió

La Junta Consultiva entén que no és oportuna ni procedent, per ara, la tramitació del Projecte de decret de mesures en la contractació administrativa de la CAIB de suport a l'estabilitat i a la qualitat del treball, en consideració del següent:

- a) La part essencial i innovadora d'aquest Decret, que es regula en l'article 2, s'oposa al criteri que sorgeix d'aquesta Junta, en l'Informe 16/2001; i, d'acord amb això, les mesures de caràcter social no hi tenen cabuda com a criteri d'adjudicació dels contractes, en no fer referència a l'objecte de la prestació, i el Decret de la comunitat de Madrid, del qual n'és còpia exacta, es troba qüestionat per la Comissió de les Comunitats Europees, en Dictamen motivat que s'adreça al Regne d'Espanya.
- b) Les altres mesures que conté el Decret, encara que també essencials segons el fi perseguit, manquen de novetat, en ser una transcripció de les normes legals vigents sobre la matèria, la transposició del qual al terreny pràctic del text dels plecs, quan no siguin d'imperatiu compliment, es pot obtenir per una altra via.

Informe 5/02, de 22 de maig de 2002

Contracte de gestió de serveis públics. Subcontractació. Cessió parcial del contracte.

Antecedents

La Secretaria General Tècnica de la Conselleria d'Interior ha adreçat a aquesta Junta Consultiva un escrit del tenor literal següent:

D'acord amb l'establert en els articles 2.1 i 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, mitjançant el qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, i l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, se sol·licita informe sobre la viabilitat de la sol·licitud presentada a aquesta Conselleria, el dia 12 de març (se n'adjunta còpia), pel representant de la UTE IDUS de Comunicación, SA, i Sampol Ingeniería y Obras, adjudicatària actual del contracte de gestió de serveis públics modalitat de concessió del sistema integrat d'emergències 112 de les Illes Balears, en el qual sol·licita autorització perquè la contractació i la gestió de recursos humans del personal laboral assignat al SEIB112 sigui efectuada per una societat filial de les dues entitats, i s'hi adjunta l'informe jurídic preceptiu.

Així mateix, i a títol informatiu, us adjunt la documentació relativa a la problemàtica sorgida en relació al tema de la subrogació del personal, que inclou l'Informe de la Inspecció de Treball.

Entre la documentació aportada figura la sol·licitud efectuada per l'empresa adjudicatària del contracte, la transcripció literal de la qual és la següent:

M'adreç a vós en qualitat de representant legal i gerent únic de la unió temporal d'empreses indicada més amunt, amb CIF núm. G-57120222, adjudicatària del contracte de gestió de servei públic del sistema integrat d'emergències 112 de les Illes Balears per sol·licitar autorització a fi que la contractació i la gestió dels recursos humans del personal laboral assignat al SEIB 112 sigui efectuada per una societat filial de les dues entitats integrants

de la unió temporal d'empreses, és a dir, per una societat constituïda per IDUS DE COMUNICACIÓN, SA, i SAMPOL INGENIERIA Y OBRAS, SA, denominada 112, Emergència i Assistència, SA, amb CIF núm. A-57121378.

L'Informe jurídic que acompanya l'escrit de la Secretaria General Tècnica conclou amb els dubtes jurídics següents:

No obstant el que s'ha exposat abans, se susciten els dubtes següents, per la qual cosa es recomana sol·licitar informe a la Junta Consultiva de Contractació sobre:

- 1. Si, segons el parer de la Junta Consultiva de Contractació (JCC), la sol·licitud de l'adjudicatari, relativa a la possibilitat que una societat filial de les dues entitats integrants d'una UTE pugui dur-ne a terme la contractació i la gestió dels recursos humans, podria reconduir-se en les figures de la cessió o de la subcontractació esmentades.*
- 2. En cas de no considerar la possibilitat esmentada en el punt anterior, si es podria enquadrar aquesta situació en alguna altra figura jurídica coneguda.*
- 3. Finalment, i en cas que la pretensió sol·licitada per la UTE es fes efectiva sense autorització d'aquesta Administració, es confirmaria que ens trobam davant un incompliment de les obligacions contractualment assumides per l'adjudicatari contractista de subrogar el personal amb el manteniment de les condicions d'acord amb el que estableix la clàusula esmentada del plec de condiciones administratives particulars.”*

Pressupòsits d'admissibilitat

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat, atès que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho i ho fa de la manera que preveuen el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).

Consideracions jurídiques

Primera. Es planteja la qüestió de la viabilitat de la petició que formula l'adjudicatari d'un contracte de gestió de serveis públics perquè autoritzi a una persona jurídica diferent de l'adjudicatària *“la contractació i la gestió dels recursos humans”* assignats per executar el contracte.

La informació subministrada no comprèn ni aclareix tots els aspectes que pot suscitar el problema però, atès que aquesta Junta ja va emetre l'Informe 12/01, de 16 de juliol de 2002, referit al mateix contracte en relació al qual ara, una altra vegada, sorgeixen interrogants, i al qual es van aportar els plecs de clàusules administratives particulars i el de prescripcions tècniques, es procurarà donar una resposta de caràcter genèric que pugui coadjuvar la decisió que, sense cap dubte, correspon prendre a l'òrgan de contractació.

D'altra banda, també s'acompanyen a la sol·licitud d'aquest Informe una sèrie de documents sobre la *“problemàtica sorgida en relació al tema de la subrogació del personal”*, si bé també s'indica que aquesta aportació és merament *“a títol informatiu”*.

A partir d'aquesta documentació i del contingut dels plecs, es pot establir una premissa que incideix de manera directa en la pretensió de l'empresa adjudicatària; és a dir, *“que l'empresa adjudicatària està obligada a subrogar-se als drets i a les obligacions laborals del titular del contracte anterior”*, i aquesta garantia, establerta en els plecs com a obligació particular del contractista i en l'Estatut dels treballadors amb caràcter general, legal i obligatori (art. 44), es podria veure alterada si les relacions laborals patissin una altra subrogació a la nova empresa, configurada com a filial de l'adjudicatària, que no va participar en el procediment de licitació, i a la qual no es van exigir els requisits de solvència que va haver d'acreditar l'adjudicatària.

Només la cessió del contracte, a diferència de la subcontractació, requereix que el cessionari tenguí la mateixa solvència que es va exigir a l'adjudicatari, d'acord amb l'article 114.2.c) de la Llei de contractes de les administracions públiques (Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny), però s'ha de tenir en compte que en

l'apartat b) del precepte esmentat es fixa com a condició perquè la cessió es dugui a terme, en el cas de contractes de gestió de serveis públics, que l'explotació del contracte s'hagi fet com a mínim en una cinquena part del temps de durada, cosa que encara no ha succeït (clàusula V.1 del plec de clàusules administratives particulars, i 2.1 del de prescripcions tècniques), i que la suposada cessió seria tan sols de part del contracte, la qual cosa equivaldria a tenir dos adjudicataris, cosa no prevista en els plecs. S'ha d'entendre, doncs, que no es pot utilitzar la figura de la cessió en aquest cas.

A més a més, la cessió precisa, d'acord amb l'apartat a) de l'art. 114 esmentat, que *"l'òrgan de contractació l'autoritzi expressament, i amb caràcter previ", autorització per a la qual l'Administració és totalment lliure, tal com ha expressat el Tribunal Suprem (Sentència de 20 d'abril de 1992: "segons cregui convenient")*, que nega el corrent doctrinal que conceptuava regulades les facultats de l'Administració per a això.

Segona. Pel que fa a la possibilitat que es faci una subcontractació de l'execució parcial del contracte, consistent en què el subcontractista assumeixi les contractacions i la gestió de recursos humans del personal laboral assignat al sistema integrat d'empreses 112 de les Illes Balears (SEIB 112), tampoc no sembla viable, atès que l'article 170 de la LCAP disposa que *"En el contracte de gestió de serveis públics la subcontractació només pot recaure sobre prestacions accessòries"*; i, encara que en el plec de clàusules administratives particulars (clàusula V.8) s'admet la subcontractació, s'especifica que s'ha de fer *"d'acord amb l'article 170 del TRLCAP"*.

No hi ha cap dubte que l'element humà en aquest contracte no és accessori, sinó part essencial de la prestació, previst àmpliament en el plec de prescripcions tècniques, sense el qual i sense la seva preparació, formació i especialització, és impossible complir l'objecte del contracte.

Tercera. Finalment, en relació als dubtes que es plantegen en el punt 3r de l'Informe jurídic que acompanya la sol·licitud de la Secretaria General Tècnica, sobre si es podria considerar *"un incompliment de les obligacions contractualment assumides per l'adjudicatari contractista de subrogar el personal"*, en cas que la UTE fes efectiva la pretensió sol·licitada sense l'autorització de l'Administració, es pot indicar que, pel que s'ha exposat

abans, és evident que si es produeix una cessió parcial del contracte es vulnerarien els subapartats a) i b) de l'apartat 1 de l'article 114 de la LCAP, la qual cosa donaria lloc a la causa de resolució del contracte que recull l'apartat g) de l'art. 111.

Contràriament, la subcontractació només seria causa de resolució si es fes contravenint el que disposa l'art. 170 de la LCAP, en concordança amb el que s'ha argumentat en la consideració jurídica anterior, i no en seria necessària l'autorització prèvia sinó que n'hi hauria prou amb la comunicació a l'òrgan de contractació, d'acord amb el que preveu l'art. 115.2 de la LCAP.

S'ha d'aclarir que els incompliments als quals ens referim són incompliments de normes de contractació administratives i que l'abast i el contingut de la subrogació del personal és matèria pròpia de l'ordre laboral, aliè al coneixement assessor de la Junta Consultiva.

Conclusió

Atès tot això, aquesta Junta Consultiva entén:

- 1) Que correspon a l'òrgan de contractació decidir l'autorització sol·licitada per l'empresa adjudicatària d'un contracte de gestió de serveis públics, sobre la possibilitat de contractar i gestionar els recursos humans mitjançant una altra empresa diferent, filial de l'adjudicatària.
- 2) Que la cessió parcial del contracte o la subcontractació d'aquest aspecte de la prestació infringiria el que preveuen els articles 114 i 170, respectivament, de la LCAP i els plecs que regeixen el contracte.

Informe 6/02, de 26 de setembre de 2002

Capacitat per contractar amb les administracions públiques. Comunitats de béns.

Antecedents

El Secretari general tècnic de la Conselleria d'Educació i Cultura adreça un escrit a aquesta Junta Consultiva del tenor literal següent:

“Els propers dies, la Conselleria d'Educació i Cultura té previst d'iniciar els procediments negociats de contractació administrativa de menjadors escolars de diversos centres públics docents.

Per l'experiència que tenim de la contractació de menjadors escolars, resulta que, moltes vegades, s'hi presenten ofertes de petits empresaris (persones físiques) que, en alguns casos, estan constituïts com a comunitats de béns. En aquest sentit, cal tenir molt present que no estem davant d'uns contractes de gestió de serveis públics, sinó de contractes administratius especials, als quals els són aplicats els articles 5.2.b), 7.1 i 8 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (LCAP), en què s'especifiquen com a sistema de fonts, en primer lloc i amb caràcter preferent, les seves normes pròpies.

Si bé l'article 24 de l'esmentat Reial decret legislatiu 2/2000 preveu la possibilitat de la Unió Temporal d'Empresaris (UTE), entenem que aquesta unió està més pensada per contractes d'obres, serveis o subministrament d'una certa envergadura econòmica o complexitat tècnica, que fan necessari aquesta unió, però no per contractes especials d'escassa quantia i d'execució simple (bars, cafeteries i restauració dels centres docents públics).

Davant dels dubtes sobre la possibilitat legal que es puguin contractar els esmentats menjadors escolars amb persones naturals, constituïdes en comunitats de béns en lloc de amb una unió temporal d'empresaris (UTE), us demanem, d'acord amb l'article 2.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, que la Junta ens informi en relació a les següents qüestions: 1) si hi ha cap impediment legal per tal de poder contractar conjuntament amb varies persones naturals, 2) si escau, ens indiqueu amb quines condicions

s'hi pot contractar i 3) si hi ha cap impediment legal perquè els contractistes puguin actuar formalment davant l'administració com una comunitat de béns.

En compliment del que disposa l'article 16.3 del reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, us adjuntem l'informe del nostre servei jurídic envers la qüestió plantejada, en el qual es conclou que, llevat d'un altre informe més ben fonamentat i en especial a l'informe de la Junta Consultiva de contractació de les Illes Balears, es pot contractar conjuntament amb persones naturals sense que hi hagi cap impediment legal perquè els contractistes actuïn formalment davant l'administració com una comunitat de béns, sempre que es faci en determinades condicions, que s'hi indiquen.”

Pressupòsits d'admissibilitat

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat, atès que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho i ho fa en la forma que preveu el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).

Consideracions jurídiques

Primera. Tot i que les preguntes concretes que efectua el sol·licitant són tres, a les que degudament respondrem, la qüestió subjacent en el plantejament de la qüestió no és altre que la de si les comunitats de béns poden o no contractar amb les administracions públiques.

Sobre el particular ja s'ha pronunciat aquesta Junta Consultiva en abordar temes de capacitat. Així, l'informe 15/99 deia:

“En efecte, l'art. 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques impedeix la contractació amb les empreses que no estiguin investides de personalitat jurídica, la qual cosa, de fet, prohibeix subscriure contractes amb comunitats de béns, entenent-se aquestes com la tinença en comú d'una cosa o dret, que en la pràctica mercantil ha arribat a ser el conjunt de béns i drets que constitueix una empresa, i admeten aquesta realitat tant les administracions com la jurisprudència. Però la LCAP no prohibeix la

subscripció del contracte en conjunt amb tots els copropietaris de la comunitat de béns, mitjançant la constitució d'una UTE, d'acord amb l'art. 24. En definitiva, l'empresa, una i única en aquesta ficció jurídica, podria actuar en l'àmbit privat i en determinats àmbits administratius (fiscal, laboral, etc.) sota la forma de comunitat de béns, però per a la contractació pública només podria fer-ho en forma d'UTE”

També la Junta Consultiva de la comunitat autònoma de Madrid, en l'Informe 20/1997, digué:

“2.4.- Les comunitats de béns manquen de personalitat jurídica. Aquest criteri, que és generalment admès per la doctrina i la jurisprudència, recolza, sense perjudici de la seva regulació en els articles 392 a 405 del Codi Civil, en l'article 1669 d'aquesta norma legal, que precisament declara aplicable el règim de les comunitats de béns a les societats civils sense personalitat jurídica, i en l'article 33 de la Llei general tributària, que, com a complement de la regulació dels subjectes passius, estableix que tenen aquesta consideració (la de subjectes passius) en les lleis tributaries que així s'estableixi, (...) les comunitats de béns (...), que manquen de personalitat jurídica (...). De la mateixa manera que s'ha dit per als equips professionals i per als estudis, les comunitats de béns, perquè no tenen atribuïda personalitat jurídica pròpia, manquen de la capacitat d'obrar necessària per contractar amb les administracions públiques”.

I la Junta Consultiva de l'Estat, en diversos informes, ha dit:

“Finalment, quant a la possibilitat de concurrència de les comunitats de béns a l'adjudicació de contractes, ha d'advertir-se que l'article 15 de la LCAP exigeix que les empreses que disposin de personalitat jurídica i capacitat d'obrar. L'article 35.2 del Codi Civil reconeix la personalitat jurídica a les associacions d'interès particular, siguin civils, mercantils o industrials, a les que la llei concedeix personalitat pròpia, independent de la de cadascun dels associats. Les Comunitats de béns, regulades en els articles 392 a 406, no reben l'atribució de personalitat jurídica, mantenint els participants la seva personalitat jurídica pròpia a l'àmbit de la comunitat, per lo qual s'ha de concloure que las mateixes no poden concórrer como a tals a l'adjudicació de contractes amb les administracions públiques.” (Informe 29/97).

“Allò que sí conté el propi article 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques és el principi general de que poden contractar amb l'Administració les persones naturals i jurídiques, amb la qual cosa estableix expressament, el requisit de la personalitat o capacitat jurídica i permeti afirmar que els empresaris, per tant també els professionals, poden contractar amb l'Administració quan siguin persones naturals o físiques i quan siguin persones jurídiques i compleixin els requisits en cada cas establerts per adquirir personalitat (societats mercantils, societats civils, associacions i fundacions) i que, pel contrari, la falta de personalitat impedeix celebrar contractes amb l'Administració a altres figures jurídiques com la constituïda per la comunitat de béns”. (Informe 56/97).

“...cal tornar a insistir que, a efectes de contractes amb les administracions públiques, conforme als articles 15 i 24 de la Llei de contractes de les administracions públiques, hi ha només tres possibilitats o alternatives, que són les següents:

- 1. Que el contracte es faci amb una persona física.*
- 2. Que el contracte es faci amb una persona jurídica.*
- 3. Que el contracte es faci amb unions temporals d'empresaris sense personalitat, constituïdes indistintament per persones físiques o jurídiques i que reuneixin els requisits que deriven dels articles 24 i 32 de la Llei de contractes de les administracions públiques i de l'article 27 del Reglament general de contractació de l'Estat.*

En conseqüència, pot afirmar-se que no existeix en cap cas la possibilitat que varies persones puguin obligar-se solidàriament en front a l'Administració per al compliment de les obligacions derivades d'un contracte sense que s'hagin constituït una unió temporal d'empresaris que ha de formalitzar-se amb posterioritat a l'adjudicació.” (Informe 32/98).

“2. La vigent legislació de contractes de les administracions públiques, pel que fa als requisits que han de reunir els que pretenen contractar amb l'Administració, no regula d'una manera expressa el de personalitat, sinó que se centra en el de la capacitat d'obrar, per entendre que el segon engloba necessàriament el primer; així, l'única declaració que trobem al respecte és la de l'article 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques que estableix que poden contractar amb l'Administració “les persones

naturals o jurídiques”, de la qual cosa fàcilment es dedueix que la dada de la personalitat és un pressupost bàsic per a la contractació, i no podran accedir-hi aquells que no tinguin aquest requisit (per exemple, les comunitats de béns), amb l’única excepció de que un precepte legal exceptuï expressament de tal requisit como succeeix en la Llei de contractes de les administracions públiques l’article 24 del qual admet la contractació amb unions temporals d’empresaris, tot i que encara que aquestes unions manquen de personalitat distinta dels empresaris que la integren.” (Informe 4/99).

Les transcripcions que precedeixen exoneren d’haver que reiterar en aquest informe les argumentacions jurídiques que justifiquen la conclusió posterior.

Segona. No es pot admetre la tesis apuntada a l’escrit de consulta que argumenta que en estar en presencia de contractes administratius especials, la seva font particular de regulació –el contracte mateix– podria permetre la contractació amb les comunitats de béns, atès que això és indisponible per les parts contractants no només perquè l’article 8 de la LCAP determina que també els contractes especials s’han d’adjudicar de conformitat amb el que es disposa en el Llibre I de la Llei, on què s’ubiquen els arts. 15 i el 24, sinó perquè la personalitat i capacitat jurídica son pressupostos bàsics exigits per el Codi Civil per poder contractar.

Tampoc és admissible que la quantia del contracte o la escassa complexitat d’aquest punt puguin eximir del requisit de la personalitat i capacitat d’obrar, ja que tots els contractes, fins i tot els menors, precisen d’aquestes exigències.

Quant a la possibilitat de que els contractistes “*actuïn formalment davant l’Administració como una comunitat de béns, sempre que ho facin en determinades condicions*”, les quals s’indiquen a l’informe jurídic que s’acompanya a la sol·licitud, i que són: que cada comuner es faci responsable solidari, que s’acrediti individualment la capacitat i solvència, i que es designi un representant, tampoc es viable atès que això es contraposa frontalment a les normes que regeixen la comunitat de béns en el Codi Civil i, en definitiva, no es sinó la descripció de les circumstàncies que delimiten la figura de la Unió Temporal d’Empreses (UTE) recollida en la legislació

dels contractes de les administracions públiques, tret de l'aspecte formal d'atorgament d'escriptura pública.

Tercera. Atenent les consideracions precedents la resposta a cadascun dels interrogants plantejats és la següent:

- 1) No existeix cap impediment legal per poder contractar conjuntament varies persones naturals amb les administracions públiques, si bé ho han de fer en les condicions i amb els requisits exigits per la LCAP, que no són altres que la constitució d'una UTE.

S'ha d'aclarir, en aquest punt, que tot i que l'article 24 de la LCAP utilitzi el terme "*empresaris*" per referir-se a les UTE, s'ha d'entendre que es refereix a l'expressió "*persona física o jurídica*" de l'art. 15, tal i com ho ha interpretat la Junta consultiva de l'Administració de l'Estat (informe 3/96), en considerar que: "*Cap dels preceptes ressenyats permet afirmar que la Llei de contractes de les administracions públiques restringeix les possibilitats de contractació a les empreses o empresaris, ja que apart de que no existeix en l'ordenament jurídic espanyol una definició d'allò que s'ha d'entendre per empresa o empresari, el cert és que la Llei utilitza indiferentment ambdós conceptes per evitar la reiteració de l'expressió persona física o jurídica. Com a títol exemplificatiu poden citar-se els articles 16 al 19 (medis de justificar els empresaris la solvència) l'article 20, apartats h) e i) (prohibicions de contractar dels empresaris) i capítol II, títol II, llibre I, en què es parla de classificació i registre d'empreses i empresaris indistintament.*". A això hi, afegeix l'informe 8/98 que: "*...és evident que ni la LCAP ni el Reglament general de contractació de l'Estat autoritzen a restringir la figura de les unions d'empresaris a persones físiques o a persones jurídiques ni tampoc a determinats contractes, ja que l'art. 24 de la Llei està enquadrat en les disposicions que se consideren aplicables a tots els contractes...*".

- 2) Les condicions estan recollides essencialment a l'art. 24 de la LCAP i a l'art. 24 del Reglament general de la LCAP, aprovat por Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, que resumidament són les següents:
 - la condició d'empresari, titular d'una empresa, les persones físiques o jurídiques que pretenguin constituir la UTE.
 - l'acreditació, cadascun dels seus components, de la capacitat i la solvència. Les característiques i, si n'és el cas, les classificacions

exigides acreditades per cadascun dels integrants s'acumulen a efectes de la determinació de la solvència de la UTE.

- la indicació dels noms i circumstàncies de les persones que la constitueixen.
- la participació que cadascun té en la UTE.
- el compromís de constituir-se formalment en escriptura pública com a UTE, si en resultes adjudicatària.
- la responsabilitat solidària de tots els components de la UTE.
- el nomenament d'un representant o apoderat únic de la UTE.

(Aquestes dues últimes circumstàncies no tenen el caràcter de bàsiques i, per tant, podrien ser variades per les comunitats autònomes).

3) Hi ha un impediment legal perquè els contractistes puguin actuar formalment davant l'Administració com una comunitat de béns; ho impedeix l'art. 15 de la LCAP en la interpretació àmpliament exposada.

Per últim s'ha d'indicar que la legislació en matèria de contractes administratius preval sobre la resta de normes de dret administratiu, que són d'aplicació supletòria. Tant sols en el seu defecte, s'ha d'acudir a les normes de dret privat (art. 7 i disposició addicional setena de la LCAP). Aquesta Junta Consultiva entén que la LCAP no produeix cap tipus de discriminació ni limitació de la concurrència en la regulació pel fet de no preveure una altra forma de participar en les licitacions a varies persones de forma conjunta tret del supòsit de constitució d'una UTE, ja que s'admet qualsevol forma que adoptin les persones físiques per unir-se sempre que conformin una nova persona jurídica (societat, associacions, fundacions, etc.) Tant sols si aquesta unió no constitueix una nova persona jurídica (cas de les comunitats de béns) s'instrumenta a través d'unes regles que han de garantir l'interès públic de la bona execució del contracte mitjançant la fórmula de la UTE.

Conclusió

Per tot el que s'ha exposat la Junta Consultiva entén que:

1. Les comunitats de béns no poden contractar amb les administracions públiques, atès que manquen del requisit necessari de tenir personalitat jurídica.
2. La contractació amb més d'una persona física no és possible fora de la utilització de la figura de la UTE, o adquirint entre elles una personalitat jurídica nova i distinta de la que formen part, conforme es raona i contesta a les preguntes concretes realitzades en la consideració jurídica tercera de aquest informe.

Informe 7/02, de 26 de setembre de 2002

Garanties. Efectes quan son dipositades davant una empresa pública (IBANAT). Òrgan competent per a la incautació.

Antecedents

La secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient sol·licita un informe a la Junta Consultiva mitjançant l'escrit que, al seu torn, li dirigeix la directora i gerent de l'empresa pública IBANAT (Institut Balear de la Natura), del següent tenor literal:

“ASSUMPTE: sol·licitud d'informe a la junta consultiva de contractació administrativa, en relació a les garanties, provisionals i definitives, quan aquestes es dipositin mitjançant aval o certificat d'assegurança.

Vist l'article 2.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel que es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, en el que es disposa com una de les funcions de la Junta es informar sobre les qüestions que li sol·liciten les distintes Conselleries, Organismes autònoms i Ens Públics, en matèria de contractació administrativa.

Vist el que disposa l'article 12.1 de l'esmentat decret, la facultat de sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB correspon als Secretaris Generals Tècnics de les distintes Conselleries.

D'acord amb l'expressat anteriorment, i atès que IBANAT és una empresa pública, i que les garanties s'han de dipositar, qualsevol sigui la classe i forma de constitució, davant l'òrgan de contractació es planteja el dubte si aquest mateix òrgan és el facultat per a la incautació de les garanties, o correspondria a la Direcció General del Tresor i Política Financera de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts de la CAIB (d'acord amb els models d'aval i assegurança de la JCCA).

D'acord amb l'expressat anteriorment,

Sol·licit

Doneu trasllat de la sol·licitud d'informe que s'adjunta, a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB.

Palma, 11 de juliol de 2001”

Pressupòsits d'admissibilitat

- 1) La sol·licitud que efectua l'empresa pública s'ha encarrilat a través de la Secretaria General Tècnica de la Conselleria a la qual es troba adscrita, complint així la formalitat prevista en l'art. 15, apartat 2 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva (*aprovat per l'Acord de 10 octubre 1997, BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997*).
- 2) S'acompanya d'un informe jurídic sobre el dubte suscitat conforme prescriu l'art. 16 del Reglament esmentat.

Pertoca, doncs, d'emetre l'informe demandat.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que planteja l'IBANAT es limita a la determinació de l'òrgan facultat per a la incautació de les garanties quan es tracta d'una empresa pública.

El dubte li sorgeix al interpel·lant a la vista d'“*els models d'aval i assegurança de la JCCA*”, d'on es dedueix que podria correspondre aquesta facultat a la Direcció General del Tresor i Política Financera de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts de la CAIB.

Els models d'aval i assegurances de caució foren aprovats per Acord del Ple de la Junta Consultiva de 13-06-2000, seguin els models preestablerts en el Reial decret 390/1996, d'1 de març, de desplegament parcial de la LCAP, que en la disposició final primera, apartat 2, disposava que: “*Les comunitats autònomes poden elaborar els models a que facin referència els annexes II, III, IV i V d'aquest Reglament, els quals han de recollir, almenys, la informació i contingut dels mateixos*”.

S'ha d'advertir que la pregunta que avui es contesta fou formulada per l'empresa pública IBANAT en el mes de juliol de 2001 (malgrat que a la Junta Consultiva no li ha estat remesa per la Secretaria General Tècnica fins al juliol de 2002) per la qual cosa en l'argumentació jurídica del present informe es tindrem també en compte el que disposa el Reglament General de l'LCAP, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, i vigent des del 26 d'abril de 2002. Pel que fa a aquest aspecte, la disposició final primera del nou Reglament, també en l'apartat 2, reitera amb idèntica redacció allò que al efecte disposava el Reial decret 390 en la disposició final abans transcrita.

D'acord amb això, els Models indicaven en el text que *“l'assegurador assumeix el compromís d'indemnitzar a l'assegurat al primer requeriment de la Direcció General del Tresor i Política Financera de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts.....”* i, què *“l'entitat avalista.....amb compromís de pagament al primer requeriment de la Direcció General.....”*. Aquesta redacció era coherent amb les normes de la LCAP, i el RD. 390, de desplegament parcial de la mateixa, vigent aleshores, que obligaven a dipositar aquestes garanties (aval i assegurança de caució) quan eren definitives, en la *“Caixa General de Dipòsits o en les Caixes o establiments públics equivalents de les comunitats autònomes o entitats locals...”* (articles 36.1 apartats b) i c), en relació per remissió amb els articles 35.1.a) de la LCAP, i 18.3 del Reial decret 390/1996). Aquestes normes revestien el caràcter de bàsiques i, conforme a la regulació autonòmica vigent en aquell moment, constituïda pel Decret 156/1989, de 14 de desembre, regulador del procediment de constitució i devolució de fiances davant la Tresorera de la CAIB (BOCAIB núm. 9, de 20-01-1990), les garanties que fossin exigibles pels diversos òrgans o per les diverses entitats dependents de la CAIB, s'havien de dipositar en la Tresorera General, les funcions de la qual va assumir, més endavant, la Direcció General del Tresor i Política Financera.

Segona. Posteriorment a l'aprovació dels Models d'aval i assegurança de caució per l'Administració Autonòmica fou publicat el Decret 147/2000, de 10 de novembre (BOIB núm. 141, de 18-11-2000) sobre contractació de la CAIB, que, en l'article 5, apartat 5, disposa:

“Quan es tracti d’empreses públiques, el dipositari de les garanties, qualsevol que en sigui la classe i la forma de constitució, serà el mateix òrgan de contractació.”

Per això, la no concordància del text del model esdevé de la variació normativa produïda, per la qual cosa s’ha d’adaptar el model a aquesta nova situació per el cas de les empreses públiques, cosa que pot efectuar-se mitjançant la confecció d’un model estàndard per la Junta Consultiva, como la resta de models de documents aprovats per aquesta, o bé, mentre això no succeeixi, per la simple substitució en el model existent de la menció a l’òrgan dipositari.

La Disposició derogatòria del Decreto 147/2000, de contractació de la CAIB, en l’apartat 2), subapartat primer, esmenta que queden derogades *“en allò que s’oposin a aquest Decret les disposicions següents: - L’article 1 del Decret 156/1989, de 14 de desembre, pel qual es regula el procediment de constitució i devolució de fiances davant la Tresoreria General de la CAIB”*.

Conseqüentment, se ha de entendre que el *“establiment públic equivalent a les comunitats autònomes”* a que es refereixen la LCAP, (art. 35.1) el Reial decret 390/1996, (art. 18.3, avui derogat) i el Reglament General de la LCAP, (art. 61.2 –encara vigent-), en los supòsits d’empreses públiques, no es altre que la empresa pública mateixa, per haver-lo així disposat la corresponent normativa autonòmica dictada a l’empara de l’art. 10.1 de l’Estatut d’autonomia, que li atorga la competència exclusiva en matèria de *“organització, règim i funcionament de les seves institucions d’autogovern...”*.

El fet que el criteri interpretatiu per al qual la LCAP remet a normatives o institucions d’altres administracions no limita la llibertat que dites administracions tenen en la capacitat autoorganitzativa, ja va ser sostingut a l’informe 2/99, de 18 de febrer, d’aquesta Junta Consultiva, que també feia referència a l’empresa pública IBANAT. Ara, en el cas que ens ocupa, per” *establiment públic equivalent de la comunitat autònoma* “ s’ha d’entendre la Direcció General del Tresor i Política Financera quan es tracta d’òrgans de contractació de les conselleries o entitats autònomes, i, l’empresa pública mateixa quan es tracta d’empreses públiques, de la mateixa manera que, en el seu moment es va entendre que la fiscalització prèvia era *“prèvia”* per a les actuacions de les conselleries, i,

per a les empreses públiques, “*prèvia*” era substituïble per “*procediments d’auditoria*”, conforme es va raonar a l’esmentat informe.

Tercera. Certament l’IBANAT, en la formulació de la seva proposta no es qüestiona, i dona per fet, que les garanties s’han de dipositar davant el propi òrgan de la contractació, però s’ha considerat oportú exposar les argumentacions jurídiques precedents perquè d’aquestes es dedueix la resposta que s’ha de donar al interrogant de la sol·licitud de l’informe, que no pot ser altre que la d’afirmar que la incautació de la garantia correspon a l’òrgan que la té dipositada, prèvia resolució de l’òrgan a favor de qui està constituïda, que, en el cas de les empreses públiques d’aquesta comunitat autònoma, són coincidents.

Així ho determinava l’art. 19 del RD 390/1996, la redacció del qual s’ha mantingut idèntica en l’actual Reglament de l’LCAP, a l’art. 63, que disposa:

“Article 63. Execució de garanties.

La Caixa General de Dipòsits, o la caixa o establiment públic equivalent de la comunitat autònoma o entitat local, ha d’executar les garanties a instància de l’òrgan de contractació d’acord amb els procediments establerts en la seva normativa reguladora”.

Per últim convé aclarir que en no haver-se concretat en el Decret de Contractació la forma i procediment per dur a terme la incautació quan es tracti d’empreses públiques, aquesta s’ha de dur a terme aplicant en allò que fos possible i analògicament el Decret 156/1989, de 14 de desembre, regulador del procediment de constitució i devolució de fiances davant la Tresorera General de la CAIB, l’Ordre del conseller d’Economia i Hisenda de 25-01-1990, que el desplega en la mesura en que no s’oposin a la LCAP i el seu Reglament, i, supletòriament, el Reial decret 161/1997, de 7 de febrer, pel qual s’aprova el Reglament de la Caixa General de Dipòsits, conforme a la Disposició addicional quarta, que diu:

“Disposició addicional quarta. Aplicació supletòria respecte a la normativa de contractes de les Administracions públiques.

El Reglament que aprova el present Reial decret s'ha d'aplicar a les garanties prestades en l'àmbit de la contractació de les administracions públiques en aquells aspectes no regulats expressament per la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques i les seves normes de desplegament”.

Conclusió

La incautació de les garanties dipositades en les empreses públiques de la CAIB, qualsevol que sigui la seva classe i forma de constitució, correspon efectuar-la a la pròpia empresa pública.

Informe 8/02, de 26 de setembre de 2002

Mesa de contractació. Diverses qüestions relacionades amb l'aplicació de l'article 87 del Reglament general de la LCAP. Legitimació per sol·licitar informes a la Junta.

Antecedents

El rector de la Universitat de les Illes Balears ha presentat un escrit de sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva, en els termes següents:

“L'aplicació del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, l'entrada del qual va ser el passar 26 d'abril, ens ha plantejat uns dubtes respecte de la modificació recollida en l'article 87, apartats 1 i 3 d'aquest.

L'article 87, apartats 1 i 3, del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, referit a les Observaciones, igualdad de proposiciones, acta de la mesa y devolución de documentación, diu el següent:

*Art. 87.1: “Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, **invitará** a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra **el acto celebrado**, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de **aquel acto** y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato”.*

*Art. 87.3: “Concluido **el acto**, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas”.*

En relació a aquests paràgrafs, sol·licitam a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa que ens informi sobre les qüestions següents:

- a) *Quan l'article es refereix a «la proposició “de precio más bajo o económicamente mas ventajosa”, hem d'entendre que, en el primer cas, es refereix al procés de contractació convocat per subhasta i, en el segon, al procés de contractació convocat per concurs? Pareix que el preu més baix, en principi, també és l'econòmicament més avantatjós, és a dir, que ambdós termes significarien el mateix i que, per tant, estariem parlant de la figura de la subhasta, però tal vegada el terme «económicamente más ventajosa» s'ha d'entendre com el resultat de la relació qualitat/preu que es pretén sobre l'objecte del contracte o, simplement, la paraula «econòmicament» és una errada del text. En aquests darrers casos, la forma de contractació seria, per tant, el concurs.*
- b) *Respecte que la Mesa de contractació, després de determinada la proposició a favor de la qual formularà la proposta d'adjudicació, inviti els licitadors assistents que exposin els seus dubtes o reserves contra l'acte celebrat, ens plantejam el següent:*

Quin seria el procediment formal per efectuar la invitació? És a dir:

- *Per una banda, si els licitadors tenen l'oportunitat de presentar observacions o reserves contra l'acte celebrat, s'ha de entendre que l'acte celebrat s'ha de convocar en sessió pública o, tal vegada, restringida, per donar a conèixer la proposta d'adjudicació? Aquest article parla també «de asistentes al acto», i en l'apartat 3 continua dient: «concluido el acto se levantará acta [...]». Un cop més, fa referència a un acte que pareix que formalment ha de ser resolt amb un acte públic o, com hem dit ja anteriorment, restringit a les empreses que s'han presentat a la licitació.*
- *D'altra banda, i atenent el principi purament d'economia processal, es pot entendre que la invitació es podria fer per escrit tramès per fax, per correu electrònic o, fins i tot, per telèfon a tots els licitadors. En aquests casos, la invitació es comunicaria a tots els licitadors. No obstant això, si entenem que la invitació no es pot fer per telèfon, però sí per escrit, seria suficient la comunicació mitjançant fax o correu electrònic? No caldria l'acusament de recepció per tal de garantir la comunicació de la informació?*

- *Si entenem que la invitació s'ha de fer a través d'un acte públic, només els assistents obtindrien la informació referida a la proposta d'adjudicació, i per tant la resta, transcorregut el termini de dos dies, i desconexent la informació per no haver assistit a l'acte, perdrien el seu dret a fer les observacions o les reserves que estimassin oportunes.*

Per tot el que s'ha exposat, i de conformitat amb la competència atribuïda a aqueixa Junta, demanam que ens trameti l'informe jurídic corresponent, amb la finalitat d'intentar actuar procedimentalment d'acord amb la interpretació més general possible i també amb el criteri més adient i eficaç tant per als licitadors com per a l'òrgan contractant.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Aquesta petició d'informe ha estat formulada pel rector de la Universitat de les Illes Balears, el qual, en principi, no figura entre els que l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de la CAIB, enumera taxativament com a legítims per a aquestes qüestions.

Això no obstant, cal considerar l'evolució que han seguit les modificacions normatives en relació a la capacitat subjectiva per sol·licitar informes. Així, el Decret 86/1998, de 9 d'octubre, va ampliar aquesta capacitat als presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades per la contractació administrativa i, amb posterioritat, el Decret 147/2000, de 10 de novembre, en la disposició addicional segona, la va tornar a ampliar, en aquest cas als presidents dels consells insulars i dels ajuntaments de la CAIB. Com ja vam establir en l'Informe 2/2001, tot això permet interpretar que els presidents d'altres entitats no citades expressament en aquests preceptes, com les pedanies o les mancomunitats de municipis, poden formular peticions d'informe a la Junta Consultiva.

Així mateix, la doctrina incorporada en informes anteriors (4/99, 6/99, 8/99, 12/98...), procliu a donar respostes a les qüestions plantejades en nom de l'interès general (a pesar de no ser subscriïdes per una persona legitimada), justificaria la procedència d'emetre l'informe demanat pel rector de la Universitat. Però, a més a

més, en aquest cas, la Llei orgànica 6/2001, de 21 de desembre, d'universitats, reconeix la universitat com a administració educativa, amb personalitat jurídica pròpia i independent, i amb un règim administratiu, de gestió, econòmic i pressupostari autònom, sense perjudici de les competències que sobre això corresponguin a la comunitat autònoma (la de les Illes Balears hi va ser transferida pel RD 2243/1996); d'acord amb això, es pot considerar que la Universitat forma part de l'Administració de la comunitat autònoma i, per tant, l'afecta el que disposa l'article 1 del Decret 20/1997, de creació de la Junta Consultiva, en què es configura com a «òrgan consultiu i assessor en matèria de contractació de l'Administració de la comunitat autònoma».

En conseqüència, s'ha de reconèixer a la Universitat de les Illes Balears la facultat de sol·licitar informes, sense necessitat que es faci cap modificació de la normativa vigent.

2. L'informe jurídic a què es refereix l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997), no acompanya l'escrit de sol·licitud d'informe. No obstant això, com s'ha posat de manifest reiteradament en informes anteriors d'aquesta Junta, si el mateix plantejament de la pregunta conté les argumentacions jurídiques que sustenten el dubte interpretatiu que ha sorgit, s'ha de considerar que es compleix el requisit requerit, malgrat que materialment no constitueixi un document diferenciat, com succeeix en aquest cas.
3. Es compleixen, doncs, tots els pressuposts d'admissibilitat necessaris per emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

Primera. El rector de la Universitat de les Illes Balears ha formulat diverses preguntes relacionades amb la redacció de l'article 87 del Reglament general de la LCAP, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 de octubre. La primera qüestió que es planteja en l'escrit de consulta és de caràcter merament semàntic, en considerar que proposició «*de preu més baix*» o «*més avantatjosa econòmicament*» són sintagmes que signifiquen

el mateix i que, potser, la paraula «*econòmicament*» és una errada del text. Aleshores, es demana si es fa referència, en el primer cas, al procediment de contractació convocat per subhasta i, en el segon, al convocat per concurs.

La Llei de contractes de les administracions públiques, en l'article 74 (apartats 2 i 3), defineix les formes d'adjudicació de subhasta i de concurs de la manera següent:

2. La subhasta versa sobre un tipus expressat en diners, amb adjudicació al licitador que, sense excedir-se'n, ofereixi el preu més baix.
3. En el concurs, l'adjudicació recau en el licitador que, en conjunt, faci la proposició més avantatjosa, tenint en compte els criteris que s'hagin establert en els plecs, sense atendre'n exclusivament el preu i sense perjudici del dret de l'Administració a declarar-lo desert.

També l'article 82, en referir-se a la proposta d'adjudicació en les subhastes, diu que s'ha de fer a favor del postor «*que ofereixi el preu més baix*»; i l'article 88.2, en tractar de l'adjudicació en els concursos, parla de «*la proposició més avantatjosa*».

No obstant això, l'article 87.1 del Reglament sí que usa el vocable «*econòmicament*» en parlar de la proposta d'adjudicació que ha de fer la mesa de contractació, i el contraposa a la de «*preu més baix*», que, indubtablement, es refereix a la subhasta. Per tant, la «*proposició més avantatjosa econòmicament*» només pot ser la forma d'adjudicació per concurs.

La terminologia que s'utilitza en el Reglament no tan sols no és contradictòria en relació a l'expressada en la Llei, sinó que s'ha de considerar que compleix més escrupolosament la normativa europea, de la qual la nacional no n'és sinó una transposició. Així, en la Directiva 92/50/CEE, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis (article 36); en la 93/36/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els contractes de subministrament

(article 26); en la 93/37/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els contractes d'obres (article 30), i en la 93/38/CEE, de 14 de juny de 1993, sobre els sectors de l'aigua, de l'energia, dels transports i de les telecomunicacions (article 34); en totes aquestes, es diu que els criteris en què s'han de basar els poders adjudicadors per adjudicar els contractes han de ser «únicament el preu més baix», referint-se a la subhasta, o «en els casos en què l'adjudicació es faci a l'oferta més avantatjosa econòmicament, diversos criteris que han de variar segons el contracte de què es tracti: per exemple, el preu, el termini, el cost d'explotació, la rendibilitat...», fent referència de manera clara al concurs. Els diferents conceptes que es poden incloure en els concursos com a criteris d'adjudicació són, per tant, de caràcter manifestament econòmic, ja que no sols el preu mereix aquest qualificatiu.

Segona. Com a segona qüestió, l'interpel·lant s'interessa per una interpretació de l'article 87 del Reglament que sigui el més general possible i d'acord amb el criteri més adequat i eficaç tant per als licitadors com per a l'òrgan contractant. Procurarem respondre els interrogants que es plantegen en aquest punt mitjançant l'anàlisi dels termes en què es troba redactat.

Abans d'entrar en la dissecció del precepte reglamentari, convé examinar les normes amb rang de llei que l'afecten.

L'article 82.1 de la LCAP disposa que, per a la subhasta, la mesa de contractació «ha d'obrir, en acte públic, les ofertes admeses i ha de proposar a l'òrgan de contractació l'adjudicació del contracte al postor que ofereixi el preu més baix.».

D'altra banda, per als concursos, l'article 88.1 de la LCAP disposa que la mesa de contractació «ha d'obrir, en acte públic, les proposicions presentades pels licitadors i ha d'eleva-les, amb l'acta i la proposta que consideri pertinent [...], a l'òrgan de contractació [...]».

Sembla que es dedueix de la redacció d'ambdós preceptes, per la utilització de la conjunció copulativa «i», que l'acte públic afecta les dues actuacions, la d'obertura de les proposicions i la de fer la proposta d'adjudicació.

Ambdós articles tenen la consideració legal de bàsics a tenor de la disposició final primera de la LCAP.

El desplegament reglamentari de la LCAP, en l'aspecte concret que ara analitzam, no sols es troba en l'article 87 del Reglament, sinó també en l'article 83, en què es consideren ambdues actuacions (obertura de proposicions i proposta) com a produïdes en un acte únic. Aquest acte ha de ser públic, no tan sols perquè així ho diu la LCAP en els articles abans citats, sinó també perquè el Reglament ho diu expressament en l'article 83.1, per a l'obertura de proposicions, i en l'article 87 (apartats 1 i 3), de manera implícita, per a la proposta d'adjudicació, ja que en l'anunciat hi diu «*acta de la mesa*» (en singular) i, després, en el text s'indica que «*ha de convidar els licitadors assistents*» o que «*acabat l'acte*» (també en singular) han de firmar l'acta «*[...] les persones que hagin presentat reclamacions o reserves.*»

No suscita cap problema aquesta interpretació en els supòsits de subhasta, atès que un cop obertes les proposicions i conegut l'import, la mesa n'ha de proposar la de preu més baix, la qual cosa no implica majors esforços intel·lectuals o de càlcul que necessitin noves reunions de la mesa.

No obstant això, sí que es poden plantejar algunes de les qüestions a què al·ludeix l'escrit de sol·licitud del rector de la Universitat de les Illes Balears, en els supòsits d'adjudicació per concurs. En aquest sentit, s'ha de considerar que en principi res no impedeix que immediatament després de l'obertura de proposicions se'n procedeixi a l'estudi i a l'avaluació (d'acord amb els criteris objectius d'adjudicació establerts en el plec de clàusules administratives particulars corresponent) ni que es procedeixi, en el mateix acte i en la mateixa sessió, a fer la proposta corresponent. Ara bé, malgrat això, ja sigui perquè els licitadors presentats són un nombre reduït, perquè els criteris són de fàcil avaluació i aplicació, o per qualsevol altra causa, el cert és que en la majoria dels casos és necessari suspendre l'acte i convocar una nova reunió, després d'haver sol·licitat informes, si n'és el cas, i després d'estudiar detingudament les ofertes presentades en vista dels criteris d'adjudicació. I aquí és on es troba el quid de la qüestió: en saber si aquesta o aquestes sessions posteriors de la mesa han de ser públiques o no, i en com se n'han de fer, si n'és el cas, les convocatòries corresponents.

El mateix article 83 del Reglament, en l'apartat 3, preveu la possibilitat de suspendre l'acte públic de l'obertura de les proposicions i de reprendre'l en cas de discrepàncies en el nombre de proposicions o en cas de dubtes sobre les condicions del secret en què s'han d'haver custodiat. Així mateix, estableix que quan això passi *«s'ha de suspendre l'acte i s'han de fer urgentment les investigacions oportunes sobre el succeït, i, si n'és el cas, s'ha de tornar a anunciar, al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació o del que es fixi en els plecs, la represa de l'acte públic, una vegada que tot hagi quedat aclarit de la manera idònia.»*

Queden, doncs, resolts reglamentàriament els problemes plantejats; és a dir, el de l'extensió de l'acte públic a les sessions posteriors de la mesa fins que es faci la proposta d'adjudicació corresponent i el de la forma de fer la convocatòria per a aquestes sessions, atès que res no prohibeix ni impedeix aplicar-ho de manera analògica a les suspensions de l'acte públic produïdes per causes diferents de les recollides específicament en aquest precepte, en tractar-se, com n'és el cas, del mateix acte públic.

Tercera. Per completar les conclusions de la consideració jurídica precedent, convé aprofundir en alguns aspectes que les avalin i que les aclareixin.

Les possibilitats d'intervenció que el Reglament concedeix als licitadors estan perfectament taxades en l'article 83 i es redueixen a permetre que comprovin *«que els sobres que contenen les ofertes són a la taula i en les condicions idèntiques a aquelles en què es van lliurar»* (article 83.2), que manifestin, abans de l'obertura de la primera proposició, *«els dubtes que tenguin»*, o que demanin les *«explicacions que considerin necessàries»* (article 83.6). No obstant això, aquest article no diu res respecte dels licitadors una vegada que s'hagin obert les proposicions, la qual cosa s'explica de manera lògica si s'acudeix al que disposa l'article 87, que segueix descrivint l'acte públic únic d'obertura i de proposta (encara que es faci en diverses sessions). En aquest article s'especifica que, un cop que la mesa hagi determinat la proposició a favor de la qual ha de formular la proposta d'adjudicació, s'ha de convidar els licitadors assistents *«a exposar totes les observacions o reserves contra l'acte celebrat que considerin oportunes»* (article 87.1), i també és aquest precepte en què únicament

es diu que «*s'ha d'estendre una acta que reflecteixi fidelment el succeït*» (article 87.3).

Ja en l'anterior Reglament general de contractació de l'Estat (Decret 3410/1975, de 25 de novembre, avui derogat) es podia entendre que l'acte públic d'obertura de proposicions i l'adjudicació provisional s'havien de fer en un acte únic, i els articles 103 a 108 el regulaven de manera similar a com ho fa el Reglament vigent. Aquests articles, resumidament i als efectes que ara interessin, estableixen, per a les subhastes:

«Ha de començar l'acte d'obertura de proposicions [...]» (article 103).

«En cas de discrepàncies [...] s'ha de suspendre l'acte [...], i s'ha de tornar a anunciar [...]» (article 103).

«Abans de l'obertura de la nova proposició econòmica s'ha de convidar els assistents [...]. Acabat aquest període no s'admetran observacions que interrompin l'acte...» (article 106).

«[...] després de llegir les proposicions presentades, s'ha de procedir a obrir-les i a fer l'adjudicació provisional [...]» (article 106).

«La mesa de contractació ha d'acordar l'adjudicació [...]. No es pot acordar l'adjudicació provisional sense que la mesa se'n cerciori, i ho faci constar així, expressament, a l'acta [...]» (article 107).

«Efectuada l'adjudicació provisional, s'ha de convidar els licitadors assistents [...] i finalment s'ha d'estendre una acta que reculli, de manera succinta però fidel, tot el succeït» (article 108).

Per als concursos, es deia en l'article 114, que «*Els preceptes relatius a la celebració de la subhasta han de regir també per al concurs*» i, en l'article 116, que «*La mesa de contractació, en l'acte del concurs, ha de procedir a l'obertura de les proposicions presentades pels licitadors i ha d'eleva-les, amb l'acta i amb les observacions que consideri pertinents, a l'autoritat que hagi de verificar l'adjudicació del contracte.*».

El fet que el Reglament estableixi (l'anterior no ho feia) l'anunci al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació, o *«del que es fixi en els plecs»* (un altre tauler d'anuncis, per tant), com a forma de convocar les sessions successives de l'acte públic d'obertura de proposicions tampoc no és cap obstacle perquè, si es vol, es facin també, de més a més, altres diligències de citació o de convocatòria no exigides reglamentàriament. Ara bé, l'omissió d'aquestes altres diligències no seria contrària al principi de publicitat, ja que l'acte públic d'obertura de proposicions es va anunciar degudament en la convocatòria de la licitació en els butlletins oficials, i hi va concórrer qui va voler, mentre que les reunions posteriors van ser una mera continuïtat de l'acte, que es van acordar en el mateix acte i que, per tant, es va adreçar als assistents, sense perjudici que puguin acudir a les sessions següents de l'acte nous assistents, assabentats per l'anunci del tauler o per l'avís del mateix òrgan.

Tampoc no es perjudicaria el dret dels licitadors no assistents, ja que l'article 93 de la LCAP (apartats 1 i 5) obliga a notificar a tots els participants en la licitació *«l'adjudicació del contracte»* i a qualsevol candidat o licitador refusat que ho sol·liciti *«els motius del refús de la seva candidatura o de la seva proposició i les característiques de la proposició de l'adjudicatari determinants de l'adjudicació al seu favor.»*

No hi ha en l'articulat, tant de la LCAP com del Reglament, un suport suficient perquè l'acte públic d'obertura de proposicions i la proposta d'adjudicació subsegüent en les subhastes siguin diferents als dels concursos; al contrari, la mateixa LCAP (article 90) i el Reglament (article 90) remeten, per aplicar als concursos, a les normes que regeixen per a les subhastes, llevat d'excepcions que no fan al cas.

Finalment, s'ha de precisar que ni l'article 83 ni el 87 del Reglament són bàsics, i es podrien substituir per regulació autonòmica pròpia.

Conclusions

1. L'expressió *«més avantatjosa econòmicament»*, recollida en l'article 87 del Reglament general de la LCAP, és la que utilitzen les directives europees en matèria de contractació administrativa per fer referència a la forma d'adjudicació mitjançant concurs.

2. L'acte públic en què es formula la proposta d'adjudicació a què al·ludeix l'article 87 del Reglament general de la LCAP és la continuació de l'acte públic d'obertura de les proposicions a què es refereix l'article 83, que es pot fer en una única sessió (normalment, en les subhastes) o en varies (normalment, en els concursos).
3. La forma de convocar les sessions següents de l'acte públic esmentat, en cas que es produeixin, ha de ser mitjançant anuncis col·locats al tauler d'anuncis de l'òrgan de contractació o a un altre tauler, si així es preveu en els plecs.
4. La convocatòria per a les successives sessions de l'acte públic d'obertura de proposicions i de proposta d'adjudicació que, si n'és el cas, tinguin lloc es pot fer també per qualsevol altre mitjà, amb caràcter potestatiu, i sense que l'omissió d'aquestes diligències es pugui argüir com a infracció del principi de publicitat o com a fet constitutiu d'alguna desigualtat.

Informe 9/02, de 26 de setembre de 2002

**Contracte de subministrament mitjançant arrendament financer.
Procediment.**

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Educació i Cultura sol·licita un informe a la Junta Consultiva mitjançant un escrit, el contingut del qual és el següent:

“La Conselleria d'Educació i Cultura ha iniciat varis procediments per dur a terme la contractació de subministraments mitjançant arrendament financer o leasing.

Atès que l'articulació que s'ha fet del procediment, amb l'objecte d'adaptar-lo a les peculiaritats d'aquella figura contractual, pot generar dubtes pel que fa a la seva correcció d'acord amb els termes de la Llei de contractes de les administracions públiques, es sol·licita de la Junta, que emeti informe en relació amb la qüestió següent.

Es pot considerar admissible, d'acord amb els termes de la Llei de contractes de les administracions públiques, dur a terme en un únic expedient de contractació de subministrament mitjançant arrendament financer, dues seleccions diferents en forma successiva, una dirigida a seleccionar el o els subministradors dels béns i una altre immediatament posterior per seleccionar l'entitat que finançarà l'operació, tot adquirint els béns i cedint-los en lloguer amb opció de compra a l'administració?.

La sol·licitud que es formula a l'ampara d'allò que es disposa a l'article 2.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrer i 15 i 16 del Reglament d'organització i funcionament de la JCCACAIB, aprovat per acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, adjuntant l'informe del Servei jurídic de la Conselleria i còpia del Plec de clàusules administratives particulars al qual fa referència la sol·licitud.”

Pressupòsits d'admissibilitat

Tal i com s'indica en l'escrit de sol·licitud, es compleixen tots el requisits que la normativa exigeix i que s'esmenten, per poder emetre aquest informe.

Consideracions jurídiques

Primera. L'arrendament financer, com modalitat del contracte de subministrament fou introduït a l'àmbit de la contractació administrativa per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, que va ser reformat per la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (LCAP) i recollit en el text refós de la LCAP, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que el va incloure a l'article 171, que diu:

“Als efectes d'aquesta Llei s'entén per contracte de subministrament aquell que tenguin per objecte la compra, l'arrendament financer, l'arrendament, amb o sense opció de compra, o l'adquisició de productes o béns mobles...”

No obstant això, ni la LCAP, ni el Reglament d'aquesta, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, defineixen ni regulen res al respecte, tret de la duració del contracte (articles 12.2.c, i 14.4 de la LCAP) i la impossibilitat de revisió de preus (art. 103.2), per la qual cosa pel que fa al concepte s'ha d'entendre al que disposa la disposició addicional setena de la Llei 26/1988, de 29 de juliol, de disciplina i d'intervenció de les entitats de crèdit, i a la configuració i als perfils que la jurisprudència ha anat delimitant (Sentència del Tribunal Suprem de 26-02-1996). En aquesta modalitat conceptual s'han de tenir em compte tant els preceptes de la LCAP aplicables a tots els contractes de les administracions públiques com els específics del contracte de subministrament, com ha manifestat la Junta Consultiva de la Administració de l'estat (informe 20/00).

Així, per exemple, s'han de complir els requisits generals de capacitat, solvència, d'inexistència de prohibició de contractar, etc., i els específics de garantia per vicis o defectes del bé subministrat (art. 191) o del manteniment durant el termini de l'arrendament (art. 174).

En aquest punt és centra la qüestió plantejada, ja que es tracta de compaginar, en un marc definit en termes generals per a la intervenció de dos agents en la contractació d'una prestació, amb la intervenció d'altres agents en una diversitat de prestacions.

En un arrendament financer poden intervenir un usuari del bé (en aquest cas l'Administració contractant), un subministrador del bé i un finançador. La pregunta que en concret s'efectua és la de si la selecció d'aquests dos agents, subministrador i finançador, poden fer-se en un únic procediment.

La LCAP, a l'art. 4, permet a l'Administració concertar *“els contractes, els pactes i les condicions que tinguin per convenient”*, no posant més traves a aquesta llibertat contractual que la de no ser contraris *“a l'interès públic, a l'ordenament jurídic o als principis de bona administració”*, la qual cosa serà l'objecte d'anàlisi en el present informe.

Segona. Prèviament s'ha d'advertir que la Junta Consultiva en l'emissió dels seus informes no substitueix la funció que tinguin encomanada els diferents òrgans específics en la tramitació dels corresponents expedients de contractació i que l'aportació, com en aquesta cas, dels plecs de clàusules administratives particulars, no constitueix sinó un mer complement documental que il·lustra el plantejament de la qüestió que ha suscitat el dubte interpretatiu, sobre el que la Junta, amb caràcter general i no vinculant, s'ha de pronunciar en l'exercici de la funció consultiva que li atribueix el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva.

En conseqüència, la Junta s'ha de limitar a efectuar consideracions generals sobre la concreta qüestió plantejada en l'escrit de la consulta, sense entrar en les clàusules dels plecs adjunts.

Tercera. La LCAP preveu supòsits de contractació en un doble procediment en els contractes de subministrament de bens, la uniformitat dels quals hagi estat declarada necessària per a la utilització comuna per l'Administració, que es poden adquirir sempre que *“prèviament i independentment”* s'hagi dut a terme un concurs per a l'adopció del tipus (art. 182. g) i en les adjudicacions dels contractes que siguin

conseqüència d'un acord o contracte marc, el qual ha d'haver estat adjudicat amb subjecció a les normes de la LCAP (art. 182, lletra l.)

S'ha de dir que en ambdós casos seria possible la contractació mitjançant l'arrendament financer. Això no obstant, l'essència mateixa del negoci jurídic sembla reclamar una simultaneïtat de decisions, tal i com opera en les relacions contractuals privades i com es dedueix de la intenció del legislador al no introduir cap clàusula específica o especial ni en la reforma de la Llei per la qual s'ha inclòs aquesta modalitat en el contracte de subministrament, ni en el posterior Reglament que la desplega.

En efecte, l'arrendament financer requereix que l'Administració seleccioni un bé o béns d'un subministrador, i, a la vegada, seleccioni un finançador en relació amb aquest bé o béns que pretén adquirir normalment per una sola vegada, malgrat que les prestacions de ambdós son distintes, (el subministrador s'obliga a vendre al finançador el bé en les condicions fixades en la licitació, i el finançador s'obliga a comprar-lo al subministrador seleccionat i després cedir-lo en arrendament amb opció de compra a l'Administració) el negoci jurídic és únic i està exclusivament destinat a satisfer la necessitat de l'Administració en la forma i condicions explicitades en els corresponents plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques.

Els principis de contractació administrativa exigeixen que l'Administració sigui objectiva i seleccioni la millor oferta, cosa que podria no ocórrer si l'àmbit de la licitació es limités a empreses finançadores que per el seu compte i càrrec, probablement sense la qualificació tècnica necessària, haguessin prèviament adquirit el bé que es tracta de subministrar oferint-lo juntament en el seu pla financer, donant-se la circumstància de que la millor oferta financera no fos la millor oferta de preu i qualitat del bé, qüestió que queda totalment salvada en la tramitació conjunta de ambdues licitacions, amb especificació de les obligacions recíproques que incumbeixin els diversos licitadors participants.

No sembla doncs, que efectuar en un únic procediment la selecció del subministrador del bé i la del finançador del mateix infringeixi cap precepte de la LCAP ni que existeixi cap prohibició que ho impedeixi,

essent d'indubtable interès públic i conforme als principis de bona administració realitzar ambdues seleccions amb objectivitat, publicitat i concurrència referides a cada una de las prestacions objecte del contracte a la vegada que s'abrevien tràmits i terminis, sense perjudici que hi pugui haver altres solucions admissibles en dret.

Conclusió

Per tot el que s'ha exposat la Junta Consultiva entén que es admissible tramitar en un únic procediment un subministrament sota la modalitat d'arrendament financer mitjançant la selecció en dues fases diferenciades del subministrador i de l'entitat finançadora, sempre que es respectin, i així ho reculli el plec de clàusules administratives particulars corresponent, els preceptes generals de la Llei aplicables a tots els contractes i els preceptes específics del contracte de subministrament.

Informe 10/02, de 31 d'octubre de 2002

Contractes de serveis i de consultoria i d'assistència. Duració. Pròrrogues.

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria de Benestar Social remet a aquesta Junta Consultiva una sol·licitud d'informe de l'Institut Balear d'Assumptes Socials, en els termes següents:

«L'article 198.1 del RDL 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, estableix que:

“Els contractes de consultoria i assistència i els de serveis no poden tenir un termini de vigència superior als dos anys amb les condicions i els límits establerts en les respectives normes pressupostàries de les administracions públiques, si bé en aquest contracte se'n pot preveure la modificació i la pròrroga per acord mutu de les parts abans de la fi d'aquell, sense que la duració total del contracte, incloses les pròrrogues, pugui excedir de quatre anys, ni aquestes puguin concertar-se, aïlladament o conjuntament, per un termini superior al fixat originàriament.”

De la lectura d'aquest article, pareix que se li poden donar dues interpretacions:

- 1) La primera fa referència a què, sigui quin sigui el termini de vigència inicial del contracte, aquest es pot prorrogar tantes vegades com sigui necessari, fins a un termini màxim de quatre anys.*
- 2) En canvi, la segona interpretació pareix que estableix tres límits; el primer d'aquests és que el termini de vigència inicial del contracte no pot ser en cap cas superior a dos anys. El segon límit fa referència a què la duració total del contracte, incloses les pròrrogues, no pugui excedir de quatre anys, la qual cosa pareix lògic, d'acord amb el que estableix el primer límit. En darrer lloc, el tercer límit sembla que fa referència a què les pròrrogues no poden superar, aïlladament o conjuntament, el termini fixat originàriament. Si això és així, pareix que si el primer contracte té una duració d'un any, només es pot prorrogar pel mateix període de temps bé a través d'una altra pròrroga d'un any, bé a través de diverses*

pròrroques que en cap cas podrien superar l'any inicial. D'acord amb aquesta interpretació, sempre que el contracte inicial tingui una duració inferior a dos anys, mai no es podrà arribar, a través de les pròrroques, al límit màxim de 4 anys.

Sol·licit que s'emeti un informe que especifiqui quina de les dues opcions és la correcta.»

Pressupòsits d'admissibilitat

1. El secretari general tècnic de la Conselleria a què dita entitat està adscrita eleva la petició a l'entitat autònoma IBAS (Institut Balear d'Assumptes Socials), d'acord amb el que estableix l'article 15.2 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva (aprobat per l'Acord de 10 d'octubre de 1997, BOIB de 25-10-1997).

2. S'hi adjunta l'informe jurídic preceptiu, segons l'article 15 de l'esmentat Reglament, de manera que els requisits per a l'emissió de l'informe que se sol·licita es compleixen.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que es planteja a la consulta és la duració que poden tenir les pròrroques en els contractes de consultoria i d'assistència i en els de serveis.

Generalment, aquests contractes donen cobertura a necessitats permanents de les administracions (per exemple, neteja, manteniment, transports, etc.) i l'aspecte de la duració esdevé un element essencial que ha de conciliar l'eficiència procedimental i l'econòmica que han de perseguir les administracions amb els principis de concurrència i igualtat, principis inspiradors de la contractació administrativa.

La regulació primitiva que conté el Decret 1005/1974, de 4 d'abril, (art. 5), fixava un termini de duració d'aquests contractes de fins a un any, si bé en permetia la pròrroga per acord mutu, tot i que no indicava expressament el límit del nombre de pròrroques, per la qual cosa, en la pràctica, esdevenien indefinits.

La Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (art. 199) amplia el termini de duració d'aquests contractes fins als 4 anys, continuant amb la possibilitat de prorrogar-les per acord mutu, però fixant ja, de forma expressa, un límit a la duració total del contracte, incloses les pròrrogues, de 6 anys.

La reforma produïda en la Llei 13/1995, per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, per *«afavorir la concurrència en aquests contractes»*, com diu l'exposició de motius, va reduir el termini de duració contractual a 2 anys, mentre que la possibilitat de pròrrogues per acord mutu va continuar igual, si bé es limitava el temps total de la duració del contracte, incloses les pròrrogues, a 4 anys.

Atès això, la Llei 53/1999 va introduir un nou límit, que no preveuen les regulacions anterior d'aquests contractes, consistent en què les pròrrogues no poden ser *«concertades, aïlladament o conjuntament, per un termini superior al fixat originàriament.»*.

El joc d'aquesta doble limitació pretén evitar que contractes de temps reduït, pel joc de les pròrrogues, puguin arribar al màxim previst, furtant al mercat el vertader abast econòmic d'unes ofertes contractuals que en principi poguessin aparèixer anunciades com a poc desitjables, com també que es pugui eludir el compliment de normes (per exemple, les de classificació) per la fixació en frau de la Llei dels terminis inicials.

Segona. El text refós de la LCAP, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, recull literalment a l'article 198.1 l'apartat 1 de l'article 199 de la Llei 13/1995, en la versió donada per la Llei 53/1999, sense fer ús de la facultat, concedida per la disposició final única, punt 2, d'aquest Llei, de *«regularitzar, aclarir i harmonitzar els textos legals que han de ser refosos»*, atesa la claredat expositiva meridiana de la norma pel que fa al límit del termini originari de les pròrrogues.

Claredat de redacció que, fins i tot, ha mantingut el nou apartat 5 que la Llei 24/2001, de 27 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, ha afegit a l'article 198 del text refós de la LCAP, en el qual s'exceptua de la regla general de duració d'aquests contractes els de *«serveis per a la gestió dels sistemes d'informació»* i a d'altres de

telecomunicació, tot i que es segueix dient literalment que les pròrrogues no poden ser *«concertades, aïlladament o conjuntament, per un termini superior al fixat originàriament.»*

Per tant, només hi ha la possibilitat de la segona interpretació que l'interpel·lant fa en l'escrit de petició i que per la redacció encertada i didàctica no cal repetir ni alterar, i la consider aquí reproduïda.

Aquesta és la interpretació adequada aplicant al precepte analitzat (l'article 198, apartat 1) els criteris hermenèutics que l'article 3.1 del Codi civil estableix sobre la interpretació de les lleis. L'element gramatical *«sentit propi de les seves paraules»* no pot ser més clar i precís quan es diu que el contracte *«no pot tenir un termini de vigència superior a dos anys»*; que *«la duració total del contracte, incloses les pròrrogues»* no pot excedir de quatre anys, i que les pròrrogues no poden *«ser concertades, aïlladament o conjuntament, per un termini superior al fixat originàriament»*. La resta d'elements interpretatius, com són el context, els antecedents històrics i legislatius, la realitat social del temps en què es va explicar la norma i l'element teleològic, l'esperit i la finalitat, confirmen així mateix la interpretació de la Llei amb la qual s'ha volgut afavorir la concurrència i augmentar la transparència i l'objectivitat en els procediments d'adjudicació en la contractació administrativa, ja que així ho diu de forma explícita l'exposició de motius de la Llei 53/1999, que va ser la que va definir la situació jurídica, diferenciant-la de la preexistent.

Tercera. Encara que la pregunta formulada es limita a plantejar el tema de la duració del contracte amb referència exclusiva a les possibles pròrrogues, estim oportú assenyalar, per una banda, que l'article 198 conté quatre apartats més, que recullen altres tantes excepcions a la regla general que estableix l'apartat primer i, per altra banda, que aquest primer apartat també parla de la possible *«modificació»* de la duració del contracte, que és una qüestió distinta de la pròrroga.

En aquest punt convé aclarir que el termini inicial pactat mitjançant la utilització de l'institut jurídic de la modificació, pot reduir-se o ampliar-se (aquest darrer cas, si es va fixar per un període inferior al màxim previst de dos anys i sempre que no se n'hagi iniciat cap pròrroga); però aquesta circumstància no pot variar el límit definit com *«termini originari»* per a

les possibles pròrrogues, que sempre hi estaran condicionades, encara que aquest termini es modificàs, ja que així es dedueix de la interpretació que s'ha de donar al precepte, d'acord amb la consideració jurídica precedent.

Conclusió

La regla general que conté l'article 198, apartat 1, de la LCAP, sobre duració dels contractes de consultoria i d'assistència i dels de serveis, estableix que aquests contractes no poden tenir un termini de vigència superior a dos anys i que poden ser prorrogats amb els requisits que assenyalava el precepte mateix (previsió, acord mutu i antelació), si bé les pròrrogues tenen un doble límit: per una part, que no es pot totalitzar una duració superior a quatre anys entre el termini inicial i les pròrrogues i, per l'altra, que les pròrrogues no poden superar el termini originari del contracte, ja siguin considerades de forma aïllada o conjunta.

Informe 11/02, de 17 de desembre de 2002

**Capacitat per contractar amb les administracions públiques.
Coincidència entre l'objecte social de les persones jurídiques i l'objecte
de la prestació per contractar.**

Antecedents

L'interventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears adreça un escrit a aquesta Junta Consultiva del tenor literal següent:

“L'article 15, apartats 1 i 2 de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, estableix, dit en línies generals, que les persones que desitgin contractar amb l'Administració han de tenir plena capacitat d'obrar. Els empresaris que siguin persones jurídiques ho acreditaran mitjançant escriptura de constitució o modificació inscrita al Registre Mercantil, o mitjançant escriptura o document de constitució, estatuts o acte fundacional, inscrit, si s'escau, al corresponent registre oficial. També es prevenen altres regles per als empresaris no espanyols.

D'acord amb l'establert als articles 2.1 i 12 del Decret 20/1997, de 7 de juliol, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i els articles 15 a 17 del Reglament d'Organització i Funcionament de la esmentada Junta, es sol·licita que emeti informe respecte al dubte següent:

El dubte sorgeix respecte a si la coincidència de l'objecte social que consta a l'escriptura de constitució o modificació, dit en uns termes amplis i referit tant a societats mercantils com a altres persones jurídiques, amb l'objecte del contracte que es vol realitzar, és determinant per atribuir capacitat d'obrar per poder contractar amb l'Administració o si per contra hem de considerar que la capacitat d'obrar ja ve donada al cas de les Societats Mercantils, per exemple, com a conseqüència de tenir personalitat jurídica, la qual neix de haver-se constituït amb escriptura pública i aquesta haver-se inscrit al Registre Mercantil, amb independència de que l'objecte social coincideixi o no amb l'objecte del contracte”.

Pressupòsit d'admissibilitat

L'interventor general és persona legitimada per formular preguntes a la Junta Consultiva d'acord amb l'art. 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, (no de juliol com erròniament diu l'escrit de consulta) s'acompanya a la sol·licitud l'informe jurídic exigít per l'art. 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997), i es compleixen així tots els requisits necessaris per a l'emissió d'aquest informe.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que aquí es planteja és sí les persones jurídiques per poder contractar amb les administracions públiques han de tenir un objecte social relacionat amb la prestació que han de dur a terme o sí, al contrari, no és necessària aquesta coincidència d'objectes.

En la pregunta que efectua l'Interventor ja es prejutja que la coincidència entre els objectes, social i de la prestació, afecta a la capacitat d'obrar, quan aquest tema no és pacífic en la doctrina i podria ser considerat bé des d'una perspectiva del concepte genèric de capacitat jurídica i capacitat d'obrar com pressupòsit necessari per poder contractar amb les administracions públiques, o bé, des de l'àmbit de l'institut de la representació, però en aquest informe ens limitarem a respondre a la pregunta des del punt de vista de la contractació administrativa i d'acord amb les seves pròpies normes específiques, i intentarem donar una solució pràctica i concorde amb aquesta especial branca jurídica.

La pregunta no distingeix entre cap tipus de contracte, però, lògicament, s'ha d'iniciar aquest informe en referència als contractes de consultoria i assistència i de serveis per als que la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat per RDLEG 2/2000, de 16 de juny, LCAP), dedica l'article 197.1, que disposa el següent:

“Article 197. Requisits de capacitat i compatibilitat.

- 1. En aquests contractes, a més a més de les condicions generals exigides per aquesta Llei, les empreses adjudicatàries han de ser persones físiques*

o jurídiques la finalitat o activitat de les quals tenguin relació directa amb l'objecte del contracte, segons resulti dels seus respectius estatuts o regles fundacionals i s'acrediti degudament i disposi d'una organització amb elements personals i materials suficients per a l'execució del contracte.”

És evident que la LCAP, amb encert o sense, ha considerat, per a aquest tipus de contractes, com un aspecte de capacitat que la finalitat o activitat de les persones, físiques o jurídiques, *“tingui relació directa amb l'objecte del contracte”*, i afegeix (òbviament per a les persones jurídiques).. *“segons resulti dels seus respectius estatuts o regles fundacionals”*.

No obstant això, per a la resta de contractes la LCAP no fa cap referència a la capacitat d'obrar dels contractistes, i es limita dir en el llibre I, aplicable a tots els contractes, a l'art. 15, sota l'epígraf de *“Capacitat de les empreses”*, que podran contractar amb les administracions les persones naturals o jurídiques *“que tenguin plena capacitat d'obrar...”*, i no defineix, llavors, quina és aquesta capacitat d'obrar, per la qual cosa s'ha d'estar a les regles del dret comú (*art. 37 i 38 del Codi civil pel que fa a persones jurídiques, els quals, al seu torn, remetent a les normes i regles de la seva constitució, on, amb caràcter general, és preceptiu delimitar l'objecte social*); si bé, malgrat que no defineix la capacitat d'obrar, continua dient l'art. 15 de LCAP, a l'apartat 2, que aquesta *“s'acreditarà mitjançant l'escriptura de constitució o modificació, si n'és el cas, inscrita en el Registre Mercantil, quan aquest requisit fos exigible conforme a la legislació mercantil que sigui aplicable. Si no ho fos, l'acreditació de la capacitat d'obrar es realitzarà mitjançant l'escriptura o document de constitució, estatuts o acta fundacional, en el que constaren les normes per les que se regula la seva activitat, inscrits, en el qual constin les normes per les quals es regula la seva activitat, inscrits, si n'és el cas, en el corresponent registre oficial”*. Tant les societats mercantils com les fundacions, associacions i la resta de formes de personalitat jurídica, d'acord amb les lleis que les regulen, han de recollir, como a requisit necessari la seva vàlida constitució, on s'especifiqui el seu objecte en les seves regles estatutàries, i és significatiu que aquest precepte de la LCAP exigeixi l'acreditació de la capacitat mitjançant el document en el qual constin les normes per les quals es regula la seva activitat, dins de les quals, específicament es troben la plasmació de l'objecte social, cosa que a duit a la Junta Consultiva estatal a interpretar l'art. 15.2 de la LCAP en el sentit de que les empreses licitadores per ser adjudicatàries dels respectius

contractes han de comptar amb la necessària capacitat d'obrar que està predeterminada pel seu objecte social (informes 4/99 i 20/00).

Els articles 117 i 178 del Reglament del Registre Mercantil reforcen d'alguna manera, aquesta posició atès que per a les societats anònimes i de responsabilitat limitada, respectivament, impedeixen la inclusió en l'objecte social “...la realització de qualsevol altra activitat de lícit comerç ni fer servir expressions genèriques d'anàleg significat”. La qual cosa a “sensu contrario” significa que l'objecte social i conseqüentment, l'àmbit d'extensió de la capacitat d'obrar de la persona jurídica que es crea, ha de ser concret i determinat.

El Reglament general de la LCAP (aprobat per RD 1098/2001, de 12 d'octubre), per la seva part, sí que conté, com a mínim, dos preceptes que tracten el problema de l'adequació entre objecte social i objecte de la prestació per contractar i el relacionen amb la capacitat d'obrar (insistim, amb major o menor encert des del punt de vista tecnicojurídic). Ens referim a l'art. 10 i a l'art. 47.2.a). El primer diu, sota la rúbrica de “capacitat d'obrar de les restants empreses estrangeres” que la capacitat d'obrar d'aquestes empreses s'acreditarà mitjançant informe on es faci constar que figuren inscrites en el registre local professional, comercial o anàleg, o, si no és així, “que actuen habitualment en el tràfic local a l'àmbit de les activitats a les que s'estén l'objecte del contracte”. I l'art. 47.2.a), en ocupar-se de la documentació que han d'aportar les empreses que pretenguin classificar-se com a contractistes d'obres o de serveis, diu:

“Documents d'acreditació de les característiques jurídiques de l'empresa:

a) Acreditació de la personalitat jurídica i de la capacitat d'obrar en les persones jurídiques de conformitat amb l'article 15 de la Llei i articles 9 i 10 d'aquest Reglament.

L'objecte social de les persones jurídiques comprendrà les activitats incloses en els subgrups en què se sol·licita classificació”.

L'incís final d'aquest precepte obliga que l'objecte de les persones jurídiques que volen classificar-se compregui els subgrups en que es divideixen les corresponents activitats i tenint en compte que la manca de classificació constitueix una prohibició expressa de contractar (art. 20 de la LCAP) sancionada amb la nul·litat de ple dret (art. 22), no seria

congruent sostenir que una empresa no podria contractar obres o serveis superiors a 120.020,42€ si el seu objecte social no coincideix amb la prestació, per la impossibilitat d'obtenir la classificació, i, no obstant, pogués contractar en quanties inferiors sense necessitat d'aquesta adequació d'objectes. Dit d'altre manera: que l'Administració permetria contractar qui després no permetria classificar.

En aquesta mateixa línia, la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, de data 17-11-1989, deia:

“Correspon en exclusiva als constituents la definició de l'objecte social i sobre l'àmbit així delimitats s'ha de predicar, si n'és el cas, la il·licitud, la impossibilitat o l'exigència del compliment de certs requisits afegits; i és la definició estatutària del objecte social i no l'efectiu desenvolupament posterior de les activitats que comprèn el que determina l'aplicabilitat d'aquelles disposicions especials que preveuen el compliment de certs requisits per raó de l'àmbit d'actuació delimitat, de manera que des del moment fundacional la societat ha de reunir totes les exigències que facin viable el complet desenvolupament de qualsevol activitats compreses dins del seu objecte social, i no s'hi poden incloure aquelles altres que per les seves especials característiques queden per Llei sostretes a l'entitat que es pretén constituir”.

Fins i tot autors como García de Enterría han arribat a entendre, referint-se a l'exigència de classificació en determinats contractes (on com hem vist és necessari adequar l'objecte social als subgrups en que es pretén classificar), que es tracta “d'un vertader requisit de capacitat encara que especial, doncs la llei presumeix fonamentalment que qui manca d'aquesta aptitud està tan impedit de dur a bon terme el contracte com ho estaria una persona en la que no concorren els requisits generals de capacitat”

Tot això ens porta a la conclusió de que en l'àmbit de la contractació administrativa podria parlar-se d'un “plus de capacitat, capacitat especial” o “capacitat complementaria” necessària perquè les persones jurídiques puguin contractar amb l'Administració, consistent en l'adequació del seu objecte social al concret objecte de la prestació.

Segona. També hi ha una altra doctrina que ha considerat que les actuacions de les persones jurídiques que s'extralimiten del seu concret

objecte social no afecten a la seva capacitat sinó que s'han d'ubicar en l'institut de la representació, recolzant la seva tesis en allò que a aquest efecte disposen l'art. 129 de la Llei de societats anònimes i l'art. 63 de la Llei de societats de responsabilitat limitada (fruit de la incorporació al Dret espanyol de la Directiva del Consell CEE, de 9 de març de 1968), quan ambdós diuen: “Àmbit de la representació. 2. La societat quedarà obligada davant tercers que hagin obrat de bona fe i sense culpa greu, malgrat es desprengui dels estatuts inscrits en el Registre Mercantil que l'acte no està comprès en l'objecte social.” Però tot i que aquesta tesis es podrien oposar argumentacions com és ara que aquests preceptes estan ubicats com apartats següents d'una premissa general que diu “1. La representació s'entendrà a tots els actes compresos en l'objecte social delimitat en els estatuts. Qualsevol limitació de les facultats representatives dels administradors, encara que estigui inscrita en el Registre Mercantil, serà ineficaç davant tercers.”, per la qual cosa, en realitat no són sinó una excepció garant de tercers de bona fe, però que no revalidin la manca de capacitat, sinó que tan sols preveuen que si es dona la situació es produiran uns efectes concrets i excepcionals, atès que d'acord amb els arts. 9 i 34 de la mateixa Llei de societats anònimes i 13 i 16 de la Llei de societats limitades, és requisit imprescindible la delimitació de l'objecte social, com també que és causa de nul·litat la falta d'objecte en els estatuts; no obstant això, no és tasca d'aquesta Junta Consultiva la de dirimir sobre posicions doctrinals divergents, molt més si la qüestió excedeix de l'estricta àmbit de la contractació administrativa, únic i exclusiu camp en el qual la Junta s'ha de pronunciar aportant la seva visió interpretativa de les normes que la regulen, tot exercint una funció de coordinació i homogeneïtzació de les actuacions a las quals s'han d'atenir els òrgans de contractació de la seva òrbita competencial, i tenint sempre present, com en reiterades ocasions ha dit la Junta Consultiva de l'Estat, que els seus informes manquen de caràcter vinculant i l'òrgan de contractació se'n pot apartar si ho justifica degudament en l'expedient, i són els tribunals de justícia els qui tenen la potestat última d'interpretar les normes. Però el que sí es pot afirmar és que gaudeixen d'especial qualificació jurídica deguda no tan sols a la condició de les persones que intervenen en l'elaboració d'acord a les regles reguladores, sinó també a l'especialització i experiència que sens dubte se sedimenta en un òrgan consultiu la missió del qual se circumscriu precisament als contractes administratius.

Segons aquesta doctrina, de tall mercantilista i ascendent germànic, *“l'objecte social no constitueix un marc que delimiti la capacitat jurídica de la persona moral societat anònima en el Dret Espanyol”* (S. de la A.P. de Madrid de 20-4-1999), i, conseqüentment, les societats mercantils tenen, en principi, plena i general capacitat d'obrar, sense vinculació, limitació ni cap restricció derivada del seu objecte social. No obstant això en ubicar el problema en el camp de la representació, o, per ser més exactes, en l'extralimitació del representant de la persona jurídica que formalitza negocis jurídics estranys o aliens al seu objecte social, la necessària intervenció prèvia de l'Administració abans de contractar observaria que s'està excedint aquesta representació i per poder continuar en la llicitació s'hauria d'esmenar aquesta mancança representativa.

Així doncs, ja sigui per falta de capacitat o per falta de representació, a la llum de les normes establertes en la LCAP analitzades en la precedent consideració jurídica, i sense entrar en més elucubracions ni disquisicions de caràcter doctrinal que, al cap i a la fi, ens duriem a la mateixa conclusió, el que és cert és que l'Administració no pot contractar amb persones jurídiques en l'objecte social dels quals no tenguí cabuda l'objecte concret en què consisteix la prestació, i que en cap cas es pot invocar la previsió excepcional continguda en els arts. 129 i 63 de les Lleis de societats anònimes i de responsabilitat limitada, atès que no es pot predicar la condició de tercera persona de bona fe l'Administració, doncs la mateixa LCAP (arts. 79, 81, 82, 88...) i el seu Reglament (art. 81) l'obliga a l'examen previ de la documentació del contractista, moment en el qual, ineludiblement, quedaria constatada la no-adequació dels objectes social i de la prestació.

Conclusió

Les persones jurídiques per poder licitar contractes de les administracions públiques han de tenir un objecte social que empari l'activitat concreta a què fa referència l'objecte de la prestació per contractar, o bé, aquells que les representen han d'acreditar degudament que la seva representació s'estén també a l'objecte del contracte.

Informe 12/02, de 17 de desembre de 2002

Contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu. Efectes de la suspensió del Decret regulador. Caràcter bàsic de les normes.

Antecedents

L'interventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears adreça un escrit a aquesta Junta Consultiva del tenor següent:

«L'article 147 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, estableix en matèria de contractació els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu. Aquest article reflecteix la possibilitat que, per a certs contractes d'obres, el pagament es dugui a terme una vegada conclosa i rebuda l'obra.

D'acord amb aquesta Llei, es publicà el Reial decret 704/1997, de 16 de maig, pel qual s'aprova el règim jurídic, pressupostari i financer del contracte administratiu d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.

La disposició final del Reial decret estableix caràcter de legislació bàsica per a l'article primer, que determina la naturalesa i el preu del contracte de les obres que es puguin realitzar sota aquesta modalitat, i per a l'article segon, que estableix un límit màxim a contractar per a cadascun dels exercicis, per la seva incidència en la planificació general de l'activitat econòmica.

No obstant això, l'Administració de l'Estat ha suspès alguns anys l'aplicació d'aquesta modalitat de contractació. Igualment, a l'avantprojecte dels pressuposts generals de l'Estat per a l'any 2003 està prevista aquesta suspensió en la disposició addicional vint-i-unena, que fa referència als contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, que estableix que "durant l'exercici de l'any 2003 el Govern no autoritzarà la formalització de nous contractes sota la modalitat d'abonament total del preu establerta en l'article 147 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, i en el Reial decret 704/1997, de 16 de maig."

D'acord amb els articles 2.1 i 12 del Decret 20/1997, de 7 de juliol, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, i els articles

15 al 17 del Reglament d'organització i de funcionament de l'esmentada Junta, es sol·licita que emeteu un informe sobre els dubtes següents:

- *Si l'Administració de l'Estat suspèn la vigència del Reial decret 704/1997, de 16 de maig, s'entén que aquesta suspensió afecta l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears, atès que els articles 1 i 2 de l'esmentat Reial decret tenen caràcter de bàsics?*
- *En el cas que s'hagi d'entendre suspesa l'aplicació del Reial decret 704/97, en quina fase o en quin tràmit ha d'estar l'expedient de contractació dins l'annualitat del 2002 perquè l'afecti la suspensió?».*

Pressupòsit d'admissibilitat

L'interventor general és una persona legitimada per formular preguntes a la Junta Consultiva, segons l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (no de juliol, com erròniament diu l'escrit de la consulta); acompanya la sol·licitud l'informe jurídic exigint per l'article 16 del Reglament d'organització i de funcionament de la Junta (Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997). Es compleixen, per tant, tots els requisits necessaris per emetre aquest informe.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que l'interventor planteja en l'escrit és si la suspensió per l'Administració de l'Estat de la vigència del Reial decret 704/1997, regulador del contracte d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, comporta la suspensió, al seu torn, en l'àmbit de la comunitat autònoma de les Illes Balears, atès el caràcter bàsic dels articles 1 i 2 del Reial decret esmentat.

S'ha de partir de la premissa que la pregunta no es formula correctament, tenint en compte la redacció i l'al·lusió als antecedents d'aquesta. L'escrit tramès diu «*l'Administració de l'Estat ha suspès alguns anys l'aplicació d'aquesta modalitat de contractació*», cosa que no és certa atès que l'única cosa que ha fet l'Estat ha estat establir una pauta d'execució de la despesa pressupostària corresponent a un determinat exercici, utilitzant l'instrument adequat, com és la Llei de pressuposts, però sense envair les competències de les administracions autonòmiques que elaboren les

normes pressupostaries pròpies amb independència i autonomia. No es recorre, en cap moment, a les lleis anomenades d'acompanyament, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, en què es va instituir aquesta modalitat contractual (article 147 de la Llei 13/1996), ni tampoc es fa ús d'expressions com «*deixar en suspensió*», «*suspendre l'aplicació de la norma*», etc., sinó que tant sols es diu que «el govern no autoritzarà la formalització de nous contractes» d'aquest tipus durant l'exercici corresponent.

De la regulació d'aquest tipus de contracte continguda en el Reial decret 704/1997 es desprèn que només són bàsics l'article 1, que «*determina la naturalesa i el preu del contracte*», i l'article 2, que «*estableix un límit màxim a contractar en cada exercici*», segons la disposició final primera. Conseqüentment, la resta del Reial decret no té el caràcter de norma bàsica; i, per tant, no en té l'article 4.1, que diu que l'aprovació de la formalització d'aquests contractes correspon al Govern. En aquest marc s'han d'ubicar les lleis de pressuposts generals de l'Estat que ordenen al Govern que no autoritzi la formalització d'aquests contractes, però que no es refereixen de cap manera a la suspensió de la regulació, que, per tant, és d'aplicació plena a les administracions autonòmiques, les quals poden, així mateix, autolimitar-se mitjançant les lleis pressupostàries respectives.

En el cas de les Illes Balears, a més a més (malgrat que l'interpel·lant no hi fa al·lusió), es disposa de regulació pròpia sobre la matèria des de l'aprovació del Decret 81/2002, de 7 de juny (BOIB núm. 71, de 13-06-2002), l'article 4 del qual, en els apartats 3 i 4, estableix la competència del Consell de Govern autonòmic per a l'aprovació de l'autorització per utilitzar aquest tipus de contractes.

Per tant, s'ha de respondre a la pregunta efectuada que l'Estat no ha suspès, per ara, la vigència del Reial decret 704/1997; no ho va fer en la disposició addicional tretzena de la Llei de pressuposts generals núm. 54/1999, de 29 de desembre, ni sembla que ho vagi a fer si el text de la propera Llei de pressuposts generals és el que es descriu a l'escrit de consulta (literalment igual al de la Llei 54/1999).

Qüestió distinta seria si realment l'Estat arribàs a suspendre la vigència del Reial decret 704/1997 i de la norma que ens ocupa (l'article 147 de la Llei 13/1996), cas en què ens hauríem d'atenir a allò que la suspensió

determinàs. Aquesta hipòtesi no es pot contestar perquè no se n'han produït o senyalat els límits, ni tan sols a efectes dialèctics.

Segona. La segona qüestió que planteja l'interventor, en referència a la fase o al tràmit en què ha d'estar l'expedient de contractació perquè no l'afecti la possible suspensió, manca de sentit si no s'ha produït, ni sembla que s'hagi de produir, la suspensió del Reial decret 704/1997.

També sembla lògic pensar que, en el cas de produir-se la suspensió, la norma que l'acordi especificui, mitjançant una disposició transitòria, el règim que s'ha d'aplicar als expedients en curs.

Finalment, si es produís la suspensió i no es preveiés res respecte dels expedients en curs, s'hauria de tenir en compte allò que a l'efecte disposa la disposició transitòria primera del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny), que diu:

«Expedients iniciats i contractes adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de desembre.

Els expedients de contractació iniciats i els contractes adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, es regeixen per la normativa anterior. A aquests efectes, s'entén que els expedients de contractació han estat iniciats si s'ha publicat la convocatòria corresponent d'adjudicació del contracte.».

El caràcter supletori d'aquesta disposició s'esdevé de la dicció expressa de l'article 147, apartat 2, de la Llei 13/1996; de la disposició addicional segona del Reial decret 704/1997, i de la disposició addicional única del Decret autonòmic 81/2002, de 7 de juny.

Conclusió

La prohibició que les lleis de pressuposts generals de l'Estat estableixen al Govern per autoritzar la celebració de contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu, no implica una suspensió del Reial decret 704/1997, de 16 de maig, ni afecta els governs de les comunitats autònomes.

Any 2003

Informe 1/03, de 28 de febrer de 2003

Requisits d'admissibilitat dels informes. Possibilitat de descomptar l'IVA a adjudicataris exempts.

Antecedents

El batle de Manacor adreça a la Junta l'escrit de consulta següent:

“CONSULTA SOBRE LA POSSIBILITAT DE DESCOMPTAR IVA A ASSOCIACIONS EXEMPTES D' INGRÉS DE L'IVA.

En relació amb les licitacions de contracte de l'Ajuntament de Manacor, en què el projecte o plec de prescripcions tècniques du el corresponent IVA i alguna empresa licitadora està exempta de l'ingrés de l'IVA, aquesta corporació planteja la següent CONSULTA:

Ha de descomptar l'Ajuntament l'IVA del preu d'adjudicació en aquestes empreses exemptes de IVA quan són adjudicatàries?”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La pregunta la formula qui té legitimació per fer-la després de la modificació del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, duta a terme pel Decret 147/2000, de 10 de novembre, de contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, que en la disposició addicional segona autoritza els presidents dels ajuntaments per sol·licitar informes de la Junta.
2. No obstant això, la sol·licitud no va acompanyada de l'informe on es manifesta el dubte jurídic o interpretatiu que exigeix l'art. 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva (aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, BOCAIB núm. 3 de 25-10-1997), i de l'escarida redacció del text de la pregunta no es poden deduir els arguments jurídics que s'han tengut en compte per arribar al dubte que necessita solució, i, per tant, tenir per complert aquest requisit previ per a l'emissió de l'informe, com ha interpretat en altres ocasions la Junta. (Informe 8/02).

3. Per altra part, el tema que es planteja aborda qüestions que excedeixen l'àmbit competencial de la Junta Consultiva, limitat exclusivament a la normativa en matèria de contractació administrativa, per la qual cosa l'aplicabilitat o no de la legislació sobre l'IVA, com també la interpretació que se n'ha de fer correspon, en aquest cas, al Ministeri d'Hisenda, Direcció General de Tributs, Subdirecció General d'Imposts al Consum, c/Alcalá 5, Madrid, on es pot adreçar la consulta.

Consideracions jurídiques

Única. Malgrat que no es compleixen els requisits d'admissibilitat, la Junta, com ha fet en altres ocasions (vegeu informes 4/99, 6/99, 8/99,...), efectuarà unes consideracions generals per si poguessin ser d'interès tant per a l'interpel·lant, com per a aquells que es poguessin trobar en situacions similars.

El tema de l'IVA es considera en la legislació de contractes administratius de manera referencial, com no podria ser d'altra manera, atès que regular-lo correspon a l'àmbit tributari, on s'ha de definir el fet imposable i, per tant, determinar-hi la subjecció o no dels contractistes.

Així l'art. 77 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (LCAP), disposa que: *"Sempre que en el text d'aquesta Llei es faci al·lusió a l'import o quantia dels contractes, s'entendrà que s'hi inclou l'IVA, llevat d'indicació expressa en contra..."*. I per al contracte d'obres, l'art. 131 del Reglament general de la LCAP, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, disposa que: *"El pressupost base de licitació s'obtindrà incrementant el d'execució material en els conceptes següents: ... 2. L'impost sobre el valor afegit que grava l'execució de l'obra, el tipus del qual s'aplicarà sobre la suma del pressupost d'execució material i les despeses generals d'estructura ressenyades a l'apartat 1"*.

La Llei reguladora de l'IVA (Llei 37/1992, de 28 de desembre), a l'art. 88, diu que: *"...En els lliuraments de béns i prestacions de serveis subjectes i no exempts a l'impost els destinataris dels quals fossin ens públics s'entendrà sempre que els subjectes passius de l'impost, en formular les seves propostes econòmiques, malgrat que siguin verbals, hi han inclòs l'IVA que, no obstant això, haurà de ser*

repercutit com a partida independent, quan així pertoqui, en els documents que es presentin per al cobrament, sense que l'import global contractat experimenti increment com a conseqüència de la consignació del tribut repercutit". I l'art. 25 del Reglament que desplega la Llei de l'IVA (RD 1624/1992, de 29 de desembre) disposa que: "1 En relació amb el que disposa l'art. 88, apartat 1, de la Llei de l'IVA, els plecs de condicions particulars prevists en la contractació administrativa contendran la prevenció expressa que a tots els efectes s'entendrà que les ofertes dels empresaris comprenen no només el preu de la contracta, sinó també l'import de l'impost".

L'IVA és un impost que grava els lliuraments de béns i les prestacions de serveis, és a dir, que es configura essencialment adreçat a les activitats amb independència dels subjectes que les realitzen, i, conseqüentment, les exempcions que regula la normativa (art. 20 i següents de la Llei) també fan al·lusió a les activitats –prestacions de serveis o lliuraments de béns– que quedin fora del seu àmbit d'aplicació. Per tant, si l'activitat que pretén licitar l'Administració no està recollida en les activitats exemptes de l'impost, el pressupost del contracte ha d'incloure l'IVA corresponent, que serà abonat a qualsevol que en sigui l'adjudicatari, el qual estarà obligat a presentar la seva oferta amb l'IVA inclòs i a declarar-lo i a abonar-lo (o, si n'és el cas, a la deducció de l'IVA suportat) a la Hisenda Pública.

En aplicació d'aquestes regles i sense perjudici de la millor interpretació que pugui donar l'Administració tributaria competent a la qual hem al·ludit abans, es pot afirmar amb caràcter general que l'òrgan de contractació sempre inclourà l'IVA en el pressupost base dels contractes quan l'objecte estigui inclòs en el fet imposable definit per la Llei impositiva i el pagarà una vegada complits i executats, sense atendre les característiques dels adjudicataris sobre si n'estan exemptos o no com a persones físiques o jurídiques, atès que, en qualsevol cas, l'hauran de declarar i, si n'és el cas, abonar-lo a la Hisenda Pública.

I l'òrgan de contractació únicament deixarà d'incloure l'IVA en el pressupost i, per tant, ni s'exigirà que els licitadors l'inclouin en les seves propostes, ni s'abonarà a l'adjudicatari, sigui qui sigui, quan l'activitat que es contracti estigui exempta d'aquest impost i, per tant, manca de significació la naturalesa dels adjudicataris respecte de la seva qualitat de subjectes passius tributaris.

Informe 2/03, de 27 de març de 2003

Legitimació per sol·licitar informes. Requisits d'admissibilitat. Cessió de contractes.

Antecedents

El president del Consorci Parc de les Estacions tramet a la Secretaria de la Junta Consultiva un escrit del tenor següent:

“Em complau trametre’ls el certificat de l’acord adoptat per la Junta Rectora del Consorci “Parc de les Estacions”, reunit en sessió extraordinària el passat 31 de gener de 2003, com també una còpia de les peticions formulades per DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA i BELLATRIX SEGUNDA, SL, de la cessió del contracte de les obres del Parc de les Estacions i de la construcció i explotació de l’aparcament subterrani, i còpia dels informes emesos al respecte pel secretari del Consorci, per si tenen a bé ordenar l’emissió de l’informe al què es refereix l’apartat sisè de l’acord esmentat”

Del certificat adjunt subscrit pel secretari del Consorci i, a la vegada, secretari de l’Ajuntament de Palma de Mallorca, amb el vistiplau del tinent de batle d’ Urbanisme, per delegació del batle, diu literalment:

“CERTIFIC: Que la Junta Rectora del Consorci “Parc d’es Estacions”, en sessió extraordinària celebrada el dia 31-01-2001 31 (sic) va adoptar el següent ACORD:

Primer.- *Autoritzar a Dragados, Obras y Proyectos, SA per a la cessió dels drets de la concessió de l’explotació i manteniment de l’aparcament subterrani de carrer Marqués de la Font Santa, a favor de l’entitat Bellatrix Segunda, SL, en les mateixes condicions i garanties que en el seu dia li van ser adjudicades. Això de conformitat amb l’article 1r del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l’aparcament.*

Segon.- *Advertir a Dragados, Obras y Proyectos, SA que l’autorització anterior no trasllada a l’empresa concessionària Bellatrix Segunda, SL, la responsabilitat contractual de la construcció del parc i del pàrking, que correspon a l’esmentada empresa, i que subsisteixen totes les prescripcions*

contingudes en el Plec de condiciones i en la legislació de contractes de les administracions públiques, en els termes fixats en l'esmentada normativa".(...)

“sisè.- Demanar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, sobre si és legal la cessió dels drets de la concessió de l'explotació i manteniment de l'aparcament subterrani del carrer Marqués de la Font Santa, inclogui la responsabilitat contractual de la construcció, tal com pretén Dragados, Obras y Proyectos, SA i demana Bellatrix Segunda, SL”

També consta entre la documentació aportada pel sol·licitant, una còpia de dues peticions formulades conjuntament per les dues empreses interessades en la cessió contractual, o també còpies dels informes emesos pel secretari de la corporació sobre cada una de les peticions.

Per a una millor comprensió del sentit d'aquest informe transcriu a continuació alguns fragments dels escrits empresarials i dels informes del secretari de l'Ajuntament sense perjudici de la menció que pugui fer-se'n en les consideracions jurídiques d'aquest informe.

En el primer escrit de les empreses, després d'indicar que Dragados, Obras y Proyectos, SA, adjudicatària del contracte, va subcontractar amb Bellatrix Segunda, SL, per a l'execució de les obres i que aquesta última empresa havia obtingut la pertinent classificació apta per cobrir les obres de referència, se sol·licita a l'alcalde de Palma de Mallorca a l'empara de l'art. 114 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), el següent:

Us demanam respectuosament que, presentat aquest escrit, amb el seu annex, tengueu per formulades les manifestacions que precedeixen, a l'objecte que, en el seu dia, s'autoritzi, amb totes les seves conseqüències, la transferència per “DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA”, a “BELLATRIX SEGUNDA SL”, del contracte administratiu de concessió d'obres públiques del que s'ha fet mèrit”.

L'anterior escrit va ser objecte d'informe del secretari del Consorci en què conclouia:

“Per tot l'exposat, sempre que la cessió del contracte sigui total, és a dir del contracte íntegre (parc, plaça Espanya, carrers limítrofs i aparcament, amb reposició...etc, és a dir de tot el contractat per Dragados en l'expedient), i s'acrediti i empleni l'anteriorment assenyalat pertoca autoritzar la cessió.

Hi ha, això no obstant, el dubte raonable del funcionari informant, sobre la suficiència de la classificació a la qual s'ha fet referència a l'apartat c dels requisits exigits, ja que la possible cessionària no reuneix les classificacions del cedent, si així s'aprova, per la qual cosa s'estima necessari elevar consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, o de la nostra comunitat autònoma, sobre si es considera que les classificacions de Bellatrix Segunda SL, en relació a les obres contractades per DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA, compleixen el requisit exigint per l'article 114.2, c del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny”.

Amb data posterior les empreses dirigeixen un nou escrit a l'alcalde en què, entre d'altres al·legacions, exposen:

“Tercer.- *Amb aquesta finalitat, “BELLATRIX SEGUNDA, SL”, a l'empara de l'article 1 del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l'esmentat aparcament subterrani (pàgina 180), se subrogarà en els drets de la concessió de que s'ha fet mèrit, assumint, amb totes les conseqüències, de l'explotació de l'esmentat aparcament. Així s'ha d'esdevenir amb la conformitat prestada des d'un principi per “DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA”, en els termes puntualitzats a l'esmentat escrit conjunt de 2 de juliol passat.*

Ara bé, perquè sigui així i l'acord guanyi efectivitat, cal la conformitat d'aquest Ajuntament; i en aquest ordre de coses, heu de tenir en compte que tal i com es va al·legar i justificar a l'escrit que acabam de tractar, concorren en Bellatrix Segunda, SL, les circumstàncies de classificació per la Junta Consultiva de contractació Administrativa de la nostra comunitat autònoma, de conformitat amb l'acord que va adoptar el 27 de juny d'enguany.”

I a aquest últim escrit segueix un nou informe de la Secretaria del Consorci en què diu:

“(…) de conformitat amb el que disposa l'article 1 núm. 1 del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l'aparcament subterrani per a automòbils del Parc de les Estacions, que literalment diu:

“Els drets de la concessió de l'aparcament poden ser cedits a una altra empresa, cooperativa, comunitat de propietaris, etc., sempre que, reunint garanties anàlogues a les exigides al concessionari sigui aprovat pel Consorci partint de la legislació vigent, i sempre que assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu”.

Per tot això, aquesta Secretaria General és de l'opinió que pertoca la cessió o subrogació de l'explotació i manteniment de l'aparcament, i l'empresa cessionària ha d'assumir tots i cada un dels drets i de les obligacions que tenia assumides la contractista cedent, quant a l'explotació i al manteniment de l'aparcament.

Tot això sense perjudici de la responsabilitat adquirida per l'empresa adjudicatària del contracte d'obres del parc i de l'aparcament i adjudicatària de l'explotació d'aquest últim DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS SA, pel que fa a l'execució correcta de les obres, subsistint totes les prescripcions contingudes en el Plec de condiciones i en la legislació de contractes de les administracions públiques, en els termes fixats en la normativa esmentada”.

De tots els escrits i documents aportats no es desprèn qui, a més de l'Ajuntament de Palma, conforma el Consorci sol·licitant, ni quin és el contingut dels plecs de clàusules administratives particulars ni el de prescripcions tècniques, ni tampoc qualsevol altra circumstància esdevinguda durant la substanciació de l'expedient administratiu.

Posteriorment a la recepció de la sol·licitud d'informe en aquesta Junta, el president del Consorci tramet còpia del recurs de reposició interposat per l'empresa Bellatrix Segunda SL contra l'acord adoptat pel Consorci que autoritza la cessió. L'acompanyen una còpia dels plecs de clàusules administratives particulars i de condicions tècniques, diversos acords presos pel Consorci i una còpia dels contractes subscrits amb l'adjudicatària.

La tramesa de la còpia del recurs es produeix a instàncies de l'empresa recurrent que el sol·licita per mitjançant altressí en l'escrit de formalització.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La normativa reguladora del funcionament de la Junta Consultiva (Decret 20/1997, de 7 de febrer, Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, i disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre) no preveu els presidents dels Consorcis entre les persones legitimades per sol·licitar informes.

En efecte, l'article 12 del Decret 20/1997, de creació de la Junta Consultiva, limita la facultat de sol·licitar informes als secretaris generals tècnics de les diferents conselleries, a l'interventor general i al Departament Jurídic. Posteriorment amplia aquesta facultat als presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades per la contractació administrativa, d'acord amb la modificació de l'esmentat article duta a terme per Decret 86/1998, de 9 d'octubre. Finalment, la disposició addicional segona del Decret 147/2000, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears atribueix també aquesta legitimació als presidents dels consells insulars i dels ajuntaments de l'àmbit de la comunitat autònoma balear.

D'altra banda, l'article 15 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, diu que quan els directors o gerents de les entitats autònomes o de les entitats de dret públic dependents de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears pretenguin obtenir informes de la Junta Consultiva, han de dirigir les peticions a la Secretaria General Tècnica de la Conselleria a què estiguin adscrites, la qual, si ho considera oportú, pot elevar la petició d'informe a la Junta.

2. Qualsevol sol·licitud d'informes ha d'anar acompanyada d'un informe jurídic *“sobre la qüestió plantejada, on es manifesti el dubte jurídic o interpretatiu que es consulta amb l'exposició dels arguments que s'han tingut en compte”* (art. 16.3 del Reglament).

A més, *“A l'escrit de sol·licitud s'han d'adjuntar tels documents necessaris per a l'estudi i anàlisi, quan es tracti d'expedients de contractació concrets”* (art. 16.2 del Reglament).

3. La petició d'informe a la Junta no s'ha adequat a les prescripcions indicades als apartats precedents, atès que ni ha estat efectuada per una persona legitimada ni s'hi ha adjuntat l'informe jurídic específic ni de tots els documents necessaris per a l'estudi i anàlisi de la qüestió plantejada.
4. Quant al recurs de reposició tramés posteriorment aquesta Junta no farà cap pronunciament atès que resoldre'l competeix exclusivament al Consorci i que la Junta Consultiva no pot substituir els informes que correspon emetre al si dels òrgans de contractació, sense perjudici de tenir en compte, només als efectes il·lustratius de la situació de què sorgeix el dubte jurídic plantejat, els documents que l'acompanyen.

Consideracions jurídiques

Única. Malgrat el fet que la sol·licitud no reuneix els requisits exigits per a la seva admissibilitat, i sense perjudici de que pugui ser replantejada per persona legitimada, la Junta exposarà algunes consideracions de caràcter general sobre la qüestió, atenent a les dades aportades, per si fossin suficients tant al interpel·lant per donar solució al cas concret sotmès a consulta, com als qui tinguessin dubtes sobre assumptes de similars característiques, continuant així amb la norma d'actuació d'aquesta Junta recollida en nombrosos informes anteriors. (1/2003; 4,6 y 8/1999. etc.)

Amb la sol·licitud presentada no s'ha aportat l'informe jurídic on què es posa de manifest el dubte jurídic o interpretatiu que es consulta, encara que sí s'aporten dos informes jurídics emesos arran dels escrits presentats per les empreses interessades en la cessió contractual, i que aparentment són contradictoris. El primer d'ells parteix de l'afirmació que *“la cessió del contracte sigui total, és a dir el contracte íntegre”*, però a l'informe següent (emès quatre mesos després) s'arriba a la conclusió que la cessió parcial del contracte és procedent.

Aquest canvi de postura (no explicat perquè no s'ha aportat l'informe específic que ha d'acompanyar qualsevol sol·licitud) sembla que té la seva raó de ser en el que estableix l'article 1, núm. 1, del Plec de prescripcions tècniques particulars, d'acord amb el qual *“los drets de*

la concessió de l'aparcament poden ser cedits a una altra empresa, cooperativa, comunitat de propietaris, etc., sempre que reuneixi garanties anàlogues a les exigides al concessionari i ho aprovi el Consorci d'acord amb la legislació vigent, i sempre que assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu”.

Tanmateix, tot i que s'hagi obtingut aquest segon informe favorable a la cessió, l'acord del Consorci que autoritza la cessió, a l'apartat sisè, conté l'expressa obligació de demanar un informe a la Junta sobre la legalitat de la cessió, obligació que confirma d'alguna manera la pervivència del dubte posat de manifest en el primer informe del secretari del Consorci. Però la confusa redacció de l'acord del Consorci, unida a la manca de l'informe específic sobre el dubte plantejat, impedeix conèixer l'abasta que pugui tenir, si n'és el cas, l'informe d'aquesta Junta.

Des d'una perspectiva exclusiva de caràcter general, aquesta Junta entén que l'article 114 de la LCAP preveu la cessió dels contractes com un tot. Així sembla deduir-se de la literalitat del precepte quan utilitza el singular a l'apartat 1 de l'art. 114: *“els drets i obligacions provinents del contracte poden ser cedits a un tercer...”*, i així ho ha entès majoritàriament la doctrina en considerar la cessió com una modificació subjectiva que implica que el contractista desaparegui de la relació jurídica contractual i sigui substituït pel cessionari.

També del context en què s'emmarca la contractació administrativa sembla deduir-se que els contractes constitueixen un tot que ha d'encarregar-se a un adjudicatari, i que es permet la substitució de la posició contractual del mateix mitjançant la cessió, però sense que això doni lloc a una autèntica disgregació del contracte en què apareguin diversos adjudicataris amb diferents responsabilitats, cosa que resulta incompatible amb els perfils propis de la institució. (Exemples conceptuals de l'afirmació anterior els trobam en múltiples articles de la LCAP, com ara el 68 que prohibeix el fraccionament del contracte, el 24 que obliga a constituir-se en UTE quan un contracte pretén executar-se per diversos empresaris, essent l'assumpció d'obligacions i responsabilitats de caràcter solidari davant l'Administració; el 115 que permet subcontractar tercers per a la realització parcial del contracte però en què l'adjudicatari conserva *“la total responsabilitat de l'execució del contracte davant l'Administració”*, etc...).

El tot que constitueix l'objecte del contracte no queda alterat pel fet que les prestacions puguin ser considerades des del punt de vista tècnic com susceptibles d'execució independent o que fins i tot tenguin conceptualment incardinació en diferents tipus de contractes, com així queda de manifest en les prevencions de la LCAP, en els articles 4, que estableix la llibertat de pactes; 6 que permet els contractes mixtos, o 68, que, amb la deguda justificació, permet la divisió en lots quan l'objecte permet la realització independent de les prestacions, fet que, d'altra banda, no ha volgut ni previst en aquesta ocasió per l'òrgan de contractació.

D'altra banda, s'ha de confirmar que per a qualsevol cessió del contracte el cessionari ha de complir el requisit d'estar possessió de la classificació exigida al cedent atès que ho ordenen així els articles 114.2 c) i el 25.1, paràgraf segon de la LCAP, sense perjudici de que es pugui exceptuar aquest requisit conforme al punt 3 d'aquest article i que no es pugui obviar el que digui el Plec de prescripcions tècniques, en el qual per cert, sense entrar en si s'adequa a la legalitat, es diu amb claredat que la cessió hauria de fer-se a favor de qui reuneixi *“garanties anàlogues exigides al concessionari”*, que s'efectuï conforme *“a la legislació vigent”* i que *“assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu”*.

Això no obstant i limitant-nos a la qüestió concreta que es desprèn de l'apartat sisè de l'acord del Consorci, això és, a l'assumpció de la responsabilitat contractual del cessionari, no hi pot haver una altra resposta que l'establerta a l'apartat 3 d'aquest mateix article, que taxativament disposa que *“el cessionari queda subrogat en tots els drets i obligacions que correspondrien al cedent”*. Per tant, no es poden cedir només els drets i no traslladar al cessionari les responsabilitats contractals corresponents.

Informe 3/03, de 18 de març de 2003

Supervisió de projectes d'obres. Oficines de supervisió. Substitució.

Antecedents

La secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient formula consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en els termes següents:

“L'article 135.1 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes, estableix que els departaments ministerials que tenguin al seu càrrec la realització d'obres hauran d'establir oficines o unitats de supervisió de projectes a efectes del que preveu l'article 128 de la Llei de contractes i en els articles 136 i 137 del Reglament esmentat.

D'altra banda, l'article 135.2 disposa que quan per l'escàs volum i importància de les obres que s'han de realitzar no sigui necessari l'establiment d'oficines o unitats de supervisió de projectes, el titular del departament podrà acordar que les funcions de supervisió les exerceixi la unitat del departament que, per raó de l'especialitat de les seves funcions, sigui més idònia a la naturalesa de les obres.

La Conselleria de Medi Ambient, en l'exercici de les seves competències, presenta necessitats de supervisar projectes mitjançant un gabinet tècnic que en l'actualitat encara no està dotat. Així doncs, les funcions relatives a la supervisió de projectes en els contractes d'obres que subscriu la Conselleria de Medi Ambient corresponen al Gabinet Tècnic de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, ja que la Conselleria no ha creat el seu propi gabinet tècnic.

Ateses les necessitats actuals de la Conselleria de Medi Ambient com també l'acumulació de feines al Gabinet Tècnic de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, i a causa que no hi ha actualment una oficina de supervisió de projectes en aquesta Conselleria, es planteja la qüestió de les possibles alternatives per a l'exercici de les funcions de supervisió.

En concret es planteja la qüestió relativa a la possibilitat de designar un tècnic de la Conselleria de Medi Ambient amb coneixements i mitjans suficients, que no hagi intervengut en la tramitació de l'expedient de contractació perquè realitzi l'oportuna supervisió del projecte, o bé per contractar la supervisió dels projectes d'obres amb una persona física o jurídica aliena a l'Administració seguint el procediment de contractació legalment establert.

Així mateix i en cas que s'informi favorablement la primera qüestió, se sol·licita el pronunciament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa relatiu a la forma adequada de la disposició que ha de contenir les possibles alternatives a la supervisió de projectes d'obres que realitzen actualment les oficines de supervisió de projectes en substitució de l'article 135 del Reglament general de contractació, el qual segons la disposició final primera del mateix text legal no té caràcter de bàsic”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La sol·licitud d'informe la fa la secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient, qui té legitimació per a això d'acord amb l'art. 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997), de creació de la Junta Consultiva, i l'art. 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).
2. Amb la sol·licitud s'acompanya un informe Jurídic, d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'art. 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat atès que es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que planteja la secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient fa referència a la possibilitat d'efectuar la supervisió dels projectes d'obres al marge de les oficines o unitats de supervisió que hi ha a l'Administració de la comunitat autònoma.

En l'assumpte convergeixen aspectes administratius de caràcter organitzatiu amb els estrictament inclosos en la contractació administrativa, únics sobre els quals la Junta Consultiva té competència per pronunciar-se.

La supervisió dels projectes és un tràmit previ que la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny –LCAP–), estableix, a l'art. 128, per a determinades obres (superiors a 300.506,05€...) i amb una específica funció (verificar el compliment de les normes legals i tècniques), però sense atorgar-li el rang de norma bàsica d'aplicació obligatòria per a totes les administracions públiques. En concordança amb això, els articles 135, 136 i 137 del Reglament general de la LCAP (aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre –RGLCAP–), que despleguen la Llei, manquen així mateix d'aquest caràcter bàsic. Conseqüentment, l'Administració autonòmica podria adoptar la seva pròpia regulació sobre la matèria d'acord amb les seves normes estatutàries i legislatives sense més intervenció d'aquesta Junta Consultiva que la d'informar preceptivament “*els projectes normatius reglamentaris en matèria de contractació administrativa*”, com així ho disposa l'art. 2.1 a) del Decret 20/1997, de 7 de febrer, que la crea.

Ara bé, mentre no es produeixi aquesta regulació s'ha d'estar a la que contenen els articles esmentats de la Llei i del Reglament, per aplicació del que disposen l'article 50.3 de l'Estatut d'autonomia i 33.3 de la Llei de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Segona. D'acord amb l'art. 135 del RGLCAP “*els departaments ministerials que tenguin al seu càrrec la realització d'obres hauran d'establir oficines o unitats de supervisió de projectes...*”. Si canviem departaments ministerials per conselleries, segons s'ha d'entendre d'acord amb la disposició final segona del RGLCAP, sembla que l'existència d'una oficina de supervisió a la Conselleria de Medi Ambient hauria de ser obligatòria ja que és obvi que té al seu càrrec la realització d'obres i a més, d'acord a l'apartat 3 d'aquest art. 135, també li incumbeixen les obres dels organismes autònoms i altres entitats públiques que en depenen (IBANAT, IBASAN, IBAEN...), llevat que tenguessin una oficina o unitat

pròpia de supervisió. Així ho ha entès l'Administració autonòmica en crear un Gabinet Tècnic encarregat de realitzar aquestes funcions, com afirma l'escrit de consulta, però que no té operativitat atès que no està dotada econòmicament. Davant d'això, la supervisió l'efectua una altra conselleria que, lògicament, en assumir més volum de feina que per a la qual ha estat creada, produeix els consegüents retards i trastorns del servei. També hi ha altres oficines de supervisió a altres conselleries (Educació, Presidència) que podrien realitzar-la, com ha ocorregut en altres ocasions. La solució escapa de les competències d'aquesta Junta, com ja s'ha apuntat, perquè té caràcter d'organització administrativa, però si exercim la funció que respecte de la recomanació també té la Junta Consultiva, se suggereix la ràpida posada en funcionament de l'oficina de supervisió per a la Conselleria de Medi Ambient en compliment del que ordena l'art. 135.1 del RGLCAP.

Tercera. L'excepció de l'art. 135.2 del RGLCAP en virtut de la qual *“el titular del departament podrà acordar que les funcions de supervisió les exerceixi l'oficina o unitat del departament que, per raó de l'especialitat de la seva comesa, sigui més idònia a la naturalesa de les obres”*, és a dir, la possibilitat de designar un tècnic de la mateixa Conselleria, com s'apunta en la sol·licitud d'informe, tampoc creim que sigui la millor solució, ja que està prevista en el precepte per a *“quan per l'escàs volum i importància de les obres que s'han de no es jutgi necessari l'establiment d'oficines o unitats de supervisió de projectes...”*, la qual cosa no és aquest cas, on les obres ni són escasses ni tampoc no tenen importància i, fins i tot, l'oficina de supervisió està dissenyada però no dotada, i, a més, els tècnics de la Conselleria que no hagin participat en l'elaboració del projecte o en la tramitació de l'expedient, bé pertanyeran a la mateixa unitat d'on sorgeix el projecte i estaran influïts, o bé, pertanyeran a una altra unitat que no tenguí la idoneïtat exigida per raó de l'especialitat. I si hi ha tècnics suficients no té sentit que romanguí sense dotació ni cobertura l'oficina de supervisió.

Això no obstant, atès que l'activitat de l'Administració ha d'estar inspirada en el principi d'eficàcia (art. 3 de la LRJPAC), podria aplicar-se analògicament l'excepció prevista en aquest apartat, justificant-ho degudament en l'expedient i sempre que la unitat o servei que realitzi la supervisió compti amb *“la competència i els mitjans per exercir les funcions pròpies de les oficines de supervisió de projectes que resulten de l'art. 128 de la*

LCAP i 136 del RGLCAP”, com ja va dir la Junta Consultiva estatal en el seu Informe 20/2001.

Quarta. La contractació externa de la supervisió dels projectes d'obres té empara legal a l'art. 196.2 de la LCAP en poder ser l'objecte d'un contracte de consultoria i assistència. Ara bé, perquè això sigui possible és necessari complir l'apartat 1 de l'art. 202 de la mateixa Llei que disposa: *“A l'expedient de contractació haurà d'incorporar-se un informe del servei interessat en la formalització del contracte, en el qual es justifiquin degudament la insuficiència, la manca d'adequació o la conveniència de no-ampliació dels mitjans personals i materials amb els quals compta l'Administració per cobrir les necessitats que es tracten de satisfer a través del contracte”*, i haurà de ser adjudicat pels procediments i les formes prevists a la LCAP, és a dir, per procediment obert o restringit mitjançant concurs com a forma normal (art. 208.3), o excepcionalment, per procediment negociat quan concorri alguna de les causes previstes en els articles 209 i 210 de la LCAP.

Conclusió

1. A judici de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, la Conselleria de Medi Ambient hauria de comptar amb una oficina de supervisió de projectes d'obres, degudament dotada de mitjans tècnics i personals, atès que es donen les condicions establertes a l'art. 135.1 del RGLCAP, la qual cosa es posa de manifest en aquest Informe, exercint la funció de recomanació que correspon a la Junta a l'empara de l'art. 2, apartat 4, del Decret 20/1997, que la crea.
2. La supervisió de projectes la podrien dur a terme tècnics de la Conselleria de Medi Ambient o mitjançant contractació externa amb les precisions indicades en les consideracions jurídiques d'aquest Informe.

Informe 4/03, de 18 de març de 2003

Classificació del contractista. Possibilitat d'acreditar la d'una empresa dominant per mitjà de la classificació de les seves filials.

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria de Salut i Consum sol·licita un informe mitjançant l'escrit en el que exposa el següent:

“La Mesa de contractació per a la selecció del contractista que ha de fer l'Hospital d'Inca, presidida pel secretari sotasignat, va acordar, per unanimitat, sol·licitar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre la qüestió següent:

Si es pot admetre al concurs per a la selecció del contractista que ha de fer l'hospital d'Inca, a l'UTE formada per l'empresa Construccions San José SA i Udra Industrial SA, que participen en un 80% i un 20% respectivament en l'UTE, quan aquesta última no té classificació d'empresa d'obres. Es tramet adjunt, l'informe del Servei Jurídic de la Conselleria sobre la qüestió que es planteja”.

Acompanyen l'escrit un informe que aporta l'UTE i una còpia dels documents que presenta a la licitació.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Fa la sol·licitud d'informe la Secretaria General Tècnica de la Conselleria de Salut i Consum, que hi té la legitimació pertinent d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 4, de 25 de febrer de 1997), de creació de la Junta Consultiva, i amb l'art. 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133 de 25 d'octubre de 1997).
2. A la sol·licitud s'hi ha adjuntat un Informe jurídic, segons que estableix l'apartat 3 del article 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat atès que compleix tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Encara que la pregunta que formula el secretari general tècnic només al·ludeix a si en una UTE pot admetre's que un dels seus membres no estigui classificat quan a la licitació s'exigeix aquest requisit, de l'informe jurídic que acompanya a la pregunta i de les al·legacions contingudes a la documentació aportada es dedueix que la vertadera qüestió que se sotmet al criteri d'aquesta Junta Consultiva no és una altra que la de la interpretació que s'ha de donar a l'article 15.1, paràgraf segon, de la Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny –LCAP-) que diu literalment:

“En el supòsit de persones jurídiques dominants d'un grup de societats, es podran tenir en compte a les societats pertanyents al grup, a efectes d'acreditació de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional, o de la corresponent classificació, si n'és el cas, de la persona jurídica dominant, sempre que aquesta acreditati que té efectivament a la seva disposició els mitjans de les esmentades societats necessaris per a l'execució dels contractes”.

La incorporació al text legal de la possibilitat de tenir en compte les societats filials d'un grup als efectes d'acreditació de la solvència de l'empresa dominant d'aquest grup, obeeix a la necessitat d'adaptació del nostre ordenament jurídic a les directives europees en matèria de contractació administrativa, en la interpretació que en fan les sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees.

D'acord amb aquest Tribunal (sentències 14 d'abril de 1994, 18 de desembre de 1997, o la més recent de 2 de desembre de 1999) perquè una empresa pugui provar que posseeix la solvència tècnica o econòmica deguda pot acudir als mitjans que estan en poder d'altres entitats sempre que s'acrediti *“que té efectivament a la seva disposició els mitjans de les esmentades societats que siguin necessaris per a l'execució dels contractes”*. *“Corresponen al jutge nacional apreciar si s'aporta tal justificació en l'assumpte principal”*.

Convé precisar que les dues sentències citades en primer lloc es van dictar en ocasió de l'examen d'una sol·licitud de classificació.

D'altra banda, en no referir-se les sentències europees a la manera d'acreditar l'efectiva disposició de mitjans, entenam que això s'ha d'acreditar mitjançant negocis jurídics que produeixin efecte atributiu d'aquesta disposició, hi no n'hi ha d'haver prou amb les meres declaracions de les persones interessades.

Segona. No hi ha cap objecció a fer, doncs sobre el fet de tenir en compte els mitjans de les filials per acreditar la solvència de l'empresa mare, o, si n'és el cas, per obtenir la corresponent classificació. El problema rau en la determinació de qui és competent per apreciar aquestes circumstàncies.

La classificació és un sistema o procediment de constatació de la solvència de les empreses que està legalment establert en l'ordenament jurídic espanyol i expressament reconegut en les directives europees sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres i de serveis (92/50/CEE i 93/37/CEE), per part seva, l'article 25.1, de la LCAP disposa que "és un requisit indispensable" haver-la obtingut "prèviament" per contractar obres o serveis superiors a 120.202,42 euros, i l'article 62.b en relació amb el 20.k ambdós de la LCAP, estableix que la falta de classificació se sanciona amb la nul·litat de ple dret. La competència per a la classificació està atribuïda a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'acord amb l'article 28, apartats 1 i 3, segons que es tracti de l'àmbit estatal o autonòmic.

La impetuositat que utilitza la Llei perquè la classificació s'exigeixi amb caràcter previ, unida a la irrenunciabilitat de la competència que fixa l'art. 12.1, de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, no deixen lloc a dubtes sobre el fet que ni l'òrgan de contractació ni la mesa tenen competència per atorgar classificacions, raó per la qual no poden admetre a la licitació qui no acrediti, quan aquest requisit sigui exigible conforme a la Llei.

Tercera. En el aquest cas, en tractar-se d'una UTE, la classificació de l'UTE com a entitat unitària, (mancada de personalitat jurídica però apta per ser subjecte contractual –art. 24 de la LCAP-) s'ha d'obtenir pel procediment especial establert a l'art. 31.1, de la LCAP, que diu

que les UTEs “s’han de classificar en la forma que reglamentàriament es determini, mitjançant l’acumulació de les característiques de cada integrant la unió temporal expressades en les seves respectives classificacions”. Atès que la forma reglamentàriament determinada és la que indiquen els articles 51 i 52 del Reglament general de la LCAP (aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d’octubre), en què es diu que la mesa de contractació “ha de comprovar” si els licitadors “es troben classificats”, “i ha de rebutjar els que no compleix aquest requisit” i “quan el licitador sigui una unió temporal d’empresaris classificats individualment, s’ha de comprovar si entre tots compleixen la totalitat dels subgrups exigits”. Sense oblidar que, l’article 31.2 de la LCAP, precisa que “En tot cas, és requisit bàsic per a l’acumulació de les esmentades característiques que totes les empreses que concorrin en la unió temporal hagin obtingut prèviament classificació com a empresa d’obres o de serveis, en relació amb el contracte al que optin...”, precepte que el Reglament desplega en els articles citats abans amb la redacció següent “...és requisit bàsic per a l’acumulació de les característiques de cada un dels integrants en les unions temporals d’empreses, i en concret perquè l’òrgan de contractació, per mitja de la mesa de contractació, en faci la classificació, que totes les empreses que concorrin a la licitació del contracte hagin obtingut prèviament classificació d’empreses d’obres...”

Podem afirmar, de conformitat amb les normes transcrites, que la competència per classificar les UTEs sí que resideix en els òrgans de contractació, per mitjà de les meses de contractació, però aquesta competència està limitada a l’acumulació de les classificacions obtingudes prèviament per les empreses que componen aquesta UTE, les quals han hagut de ser atorgades per l’òrgan competent indicat en la consideració jurídica segona d’aquest informe, això és, per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

Quarta. La interpretació que l’empresa pretén, exposada en l’informe jurídic de l’expedient aportat, segons la qual la mesa de contractació ha de considerar complits els requisits de classificació ja que l’article 15.1 de la LCAP diu que s’han de tenir en compte a les societats filials als efectes “de la corresponent classificació”, no pot acceptar-se si no és tan sols en el sentit de d’obtenir la classificació en el corresponent procediment classificatori feta per l’òrgan competent, ja que, si s’entenia en la forma pretesa, equivaldria a alterar la competència legalment establerta i la significació mateixa del concepte de classificació.

En efecte, de tot el que s'ha dit argumentat queda patent que la classificació és un sistema implantat per l'ordenament jurídic d'un país, en aquest cas Espanya, que és membre de la Comunitat Europea, però les directives de la qual li ho permeten fer, de manera que correspon a la Junta Consultiva l'examen de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional de les empreses quan es tracta de possibilitar l'accés a determinats contractes d'obres o de serveis, atès que s'estableix amb caràcter imperatiu aquesta circumstància a l'art. 15.1 mateix de la LCAP quan diu que, per poder contractar amb l'Administració s'ha d'acreditar la solvència econòmica i tècnica, disposició a la qual s'afegeix que aquest requisit *"...s'ha de substituir per la corresponent classificació en els casos en que d'acord amb aquesta Llei sigui exigible"*. Això és, la Llei ha volgut que, en uns casos, l'apreciació de la solvència s'efectuï pels òrgans de contractació mateixos (per mitjà de les meses de contractació, si n'és el cas) i en altres determinats, ha volgut que aquesta apreciació la faci un òrgan especialitzat com ara la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

Congruent amb això el RGLCAP, dia a l'art. 11 que, perquè les empreses puguin licitar, "se n'han de fixar en els plecs de clàusules administratives particulars els criteris de selecció basats en els mitjans de solvència establerts en els articles 16, 17, 18 i 19 de la LCAP, excepte en els contractes d'obres i de serveis en que sigui exigible el requisit de classificació." D'altra banda, l'article 82 imposa a les meses la qualificació de la documentació i la determinació de si les empreses s'ajusten als criteris de selecció *"a que fa referència l'art. 11 d'aquest Reglament"*, i en limita la actuació quan a la licitació s'exigeixi el requisit de la classificació a comprovar si els licitadors *"es troben classificats als subgrups exigits"*, segons ordena l'art. 51.

Si es permetia a la mesa o a l'òrgan de contractació considerar classificada a l'empresa mare per l'avaluació dels mitjans de que disposen les filials s'alterarien les normes de classificació, ja que realment es classificaria una empresa sense la tramitació del complex expedient regulat en els articles 25 i ss. de la LCAP i del 25 al 54 del RGLCAP.

Conclusions

1. No és admissible a licitació una UTE en què un dels seus membres no ha obtingut prèviament la classificació quan aquest requisit és exigible en el procediment de licitació.
2. La previsió de l'article 15.1, paràgraf segon, de la LCAP, en els supòsits de classificació, no hi és d'aplicació automàtica ni apreciable per les meses de contractació, sinó que requereix necessàriament la instrucció i la resolució d'un expedient de classificació de la persona jurídica dominant del grup, en el que es pot apreciar, i cal fer-ho així, el requisit de la disposició efectiva dels mitjans de les societats filials.

Informe 5/03, de 29 de maig de 2003

Contracte de consultoria i assistència. Liquidació del contracte. Revisió de preus.

Antecedents

La secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient sol·licita informe a la Junta mitjançant escrit que diu el següent:

“D’acord amb l’article 16 de l’Acord de 10 d’octubre de 1997 pel qual s’aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d’informe relatiu a la procedència d’efectuar una liquidació amb saldo d’un contracte d’assistència tècnica.

En data 9 de juliol de 1999, es va adjudicar per la conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral un contracte d’assistència tècnica per a la redacció de projectes bàsics, d’execució i direcció de les obres d’adequació d’edificis a l’estació naval de Sóller al senyor Joan Serra Burguera, i l’import del pressupost d’adjudicació era de dotze milions set-centes seixanta mil pessetes (12.760.000.-pts.) equivalents a setanta sis mil sis-cents vuitanta-nou euros amb catorze cèntims (76.686,14 €). (Expedient 23/99).

El contracte esmentat es formalitzà en data 26 de juliol de 1999, i en data 17 d’octubre de 2002, se signà l’acta de recepció del contracte.

A conseqüència d’un increment d’obra executada per un import equivalent al 9,92% del pressupost d’adjudicació d’obres, la certificació final corresponent a l’assistència tècnica ha resultat un import líquid a favor de l’adjudicatari, i s’ha iniciat, per tant, un expedient de liquidació del contracte.

Es dicta per Intervenció un informe en el qual es fiscalitza de conformitat l’expedient esmentat, i s’hi manifesten les objeccions següents:

- *S’ha d’acreditar a l’expedient si la despesa que preveu és per motiu de liquidació de contracte, d’acord amb l’article 147 de la Llei de contractes de les administracions públiques; la qual cosa no està prevista per als contractes de consultoria i assistència tècnica, o si es tracta d’una despesa*

en concepte de revisió de preus; per a la qual cosa s'haurà d'acreditar el reflectit al contracte principal referent a si pertoca la revisió de preus.

- *En el cas de que es vulgui efectuar una liquidació amb saldo, s'haurà de sol·licitar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, sobre si pertoca, d'acord amb el que preveu l'article 86 de la Llei de finances.*

Es planteja la qüestió de si és possible efectuar una liquidació amb saldo d'un contracte d'assistència tècnica consistent en la redacció de projectes bàsics, execució i direcció d'unes obres.

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa esmentat abans, s'adjunta informe del Servei Jurídic de la Conselleria de Medi Ambient sobre la procedència d'efectuar una liquidació amb saldo en aquest expedient.

S'adjunta còpia de l'expedient de assistència tècnica redacció projectes bàsics, d'execució i direcció de les obres d'adequació d'edificis a l'estació naval de Sóller i de l'informe disconforme d'Intervenció.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La sol·licitud d'informe la fa la secretària general tècnica de la Conselleria de Medi Ambient, qui té legitimació per a això d'acord amb l'art. 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997), de creació de la Junta Consultiva, i l'art. 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).
2. Amb la sol·licitud s'acompanya un informe Jurídic, d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'art. 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat atès que es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. La consulta que s'eleva a aquesta Junta Consultiva es limita a plantejar la qüestió de *“si és possible efectuar una liquidació amb saldo d'un contracte d'assistència tècnica”*... I la resposta a aquesta concreta pregunta, d'acord amb normativa vigent, no pot ser una altra que afirmativa atesa la dicció de l'article 110, apartat 4, de la Llei de contractes de les administracions públiques –LCAP- (text refós aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny), que va ser afegit per la Llei 53/1999, de 28 de desembre, de modificació de la Llei 13/1995, de 18 de maig, la transcripció del qual és la següent:

“Excepte en els contractes d'obres, que es regiran pel que disposa l'art. 147.3, dins del termini d'un mes, comptador des de la data de l'acta de recepció, s'haurà d'acordar i notificar al contractista la liquidació corresponent del contracte i abonar-li, si és el cas, el saldo resultant”...

Aquest precepte està ubicat al Llibre I de la LCAP i, per tant, és d'aplicació general a tots els contractes, no hi ha en el Llibre II, en el Títol IV, dedicat als contractes de consultoria i assistència i dels de serveis, res específic que el contradigui.

Segona. Tanmateix, encara que res es digui sobre això ni en el mateix escrit de consulta ni en l'informe jurídic adjuntat, aquesta Junta Consultiva considera que s'ha d'analitzar la qüestió tenint en compte el moment de l'adjudicació del contracte, atès que no es pot ignorar aquesta data, indicada en la sol·licitud, i que és determinant de la normativa vigent que s'hi ha d'aplicar.

Així d'acord amb la disposició transitòria única de la Llei 53/1999, de 28 de desembre, que va modificar la LCAP de 18 de maig de 1995, *“.. els contractes adjudicats abans de l'entrada en vigor de la present Llei es regiran per la normativa anterior”*. Tenint en compte que la Llei 53 va entrar en vigor als 3 mesos de la seva publicació al BOE (el 29 de desembre de 1999), i que l'adjudicació del contracte es va produir el 9 de juliol de 1999, la legislació aplicable al cas és la que conté la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, on encara no s'havia produït la incorporació del nou apartat 4. a l'art. 110 (abans

111 –doncs va canviar la numeració en publicar-se el text refós), i, per tant, a aquella Llei i a les normes reglamentàries vigents també en aquell moment, ens hem de referir per analitzar la solució temporal del supòsit malgrat el fet que en la pregunta no hagi quedat prou explícit aquest punt.

La Llei 13/1995, no preveia de manera general la liquidació dels contractes i es limitava als contractes d'obres. Per als contractes de consultoria i assistència encara regia el Decret 1005/1974, de 4 d'abril (avui derogat totalment pel nou Reglament de la LCAP), que romanien en vigor “... a la part no recollida en l'articulat de la Llei i en tot allò que no s'hi oposi”. (disposició derogatòria única, apartat d), de la Llei 13/1995), Decret que en el seu article 1, deia que “els contractes d'assistència tècnica es regularan per les normes d'aquest Decret i supletòriament per les disposicions que la legislació de contractes de l'Estat dedica als de naturalesa administrativa en especial els referents al contracte d'obres”.

Per tant, i sobretot tenint en compte l'aclariment legislatiu duit a terme per la Llei 53/1999, que incorpora l'apartat 4 a l'art. 110 de la LCAP, podem afirmar que per la tramesa continguda a l'art. 1 del Decret 1005/1974, que no s'oposava a la Llei 13/1995, ni aquesta recollia expressament una altra cosa, també en el supòsit d'aplicació de la normativa anterior actualment vigent cabria la possibilitat d'efectuar una liquidació en els contractes de consultoria i assistència.

Tercera. Finalment, i encara que tampoc es formalitzi la pregunta expressament en aquests termes, ens hem de referir a la correspondència entre la liquidació del contracte d'assistència tècnica amb la liquidació del contracte d'obres del qual porta causa, ja que del context en el qual es redacta la consulta com de l'expedient que s'acompanya amb la documentació, es dedueix que aquesta és la veritable qüestió subjacent.

L'art. 202.2 del text refós de la LCAP, i abans l'art. 203.2 de la Llei 13/1995, permetien que el sistema de determinació del preu en aquests contractes consistís “en un tant alçat o en preus referits a unitats d'obra o de temps o en aplicació d'honoraris professionals segons tarifa o en la combinació de diverses d'aquestes modalitats”.

El preu pactat en aquesta contractació, d'acord amb el que diu el plec de clàusules administratives particulars aportat és a tant alçat; en conseqüència, i no havent-se produït modificacions contractuals al contracte d'obres, que lògicament haurien de comportar les subsegüents al contracte d'assistència tècnica pel qual es dirigeixen aquestes obres, no pertoca cap alteració del preu ja que aquest no es va establir en funció d'unitats de temps o d'obra sinó en la forma de total alçat, que no es pot veure afectat pel procés liquidador de les obres que només afecta al contracte d'obres i que no és més que la comprovació de la realment executada d'acord amb els preus unitaris que sí es preveuen en la regulació específica dels contractes d'obres, però que no pot afectar al contracte d'assistència tècnica quan aquest sistema de determinació del preu no ha estat previst en la contractació.

Conclusions

1. Als contractes de consultoria i assistència es pot fer la liquidació del contracte com ho estableix l'art. 110.4 de la LCAP.
2. D'acord amb la normativa immediatament anterior al vigent text refós de la LCAP podien efectuar-se liquidacions en els contractes d'assistència tècnica per aplicació supletòria de les normes del contracte d'obres.
3. Quan es determina el preu mitjançant un tant alçat en un contracte d'assistència per direcció d'obres, no es pot referir el preu a les unitats realment executades i determinades en la liquidació del contracte d'obres.

Informe 6/03, de 29 de maig de 2003

Criteris d'adjudicació. Certificats de qualitat ISO. Valoració en supòsits d'UTE.

Antecedents

El batle de Santanyí sol·licita informe a la Junta Consultiva mitjançant un escrit del tenor següent:

“Aquest Ajuntament està tramitant l'expedient de contractació, per procediment obert i concurs, de gestió de servei públic per a la neteja viària del terme municipal de Santanyí, i a la fase de valoració de les ofertes presentades s'ha plantejat un dubte jurídic sobre la valoració d'un dels criteris que estableix el Plec de clàusules administratives particulars, en el sentit següent:

El plec de clàusules administratives particulars per al procediment obert en forma de concurs del contracte de gestió de servei públic per a la neteja viària del terme municipal de Santanyí, en el punt IX, estableix els criteris de valoració de les propostes presentades i el criteri 6 d'aquest punt diu textualment:

- 6. Qualitat mediambiental i qualitat del servei. Fins a 5 punts.*
 - Per disposar del certificat de qualitat ISO 14001: 2'5 punts.*
 - Per disposar del certificat ISO 9001: 2'5 punts.*

El plec de condicions no estableix cap criteri ni cap consideració a tenir en compte en el cas que es presenti una UTE al concurs.

Una de les ofertes presentades és d'una UTE, la qual es compromet a constituir dues societats amb una participació del 50%, i només una de les dues empreses té els certificats a què fa referència el criteri de valoració esmentat abans.

El dubte és si s'ha de valorar aquesta circumstància i, en tot cas, de quina manera, ja que resulta que la valoració d'aquests criteris és determinant per a la resolució del concurs.

Davant aquests dubte, la mesa de contractació proposa la sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i en conseqüència, i d'acord amb l'informe jurídic emès pel secretari general de l'Ajuntament que s'adjunta, i a l'empara de la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, amb relació als articles 15, 16, i 17 del Reglament de la Junta, us deman que tengueu per presentats aquest escrit i els documents que s'hi adjunten, i que la Junta Consultiva emeti al més aviat possible un informe sobre la qüestió plantejada.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La persona sol·licitant està legitimat per demanar-ne informe, d'acord amb el que preveu la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre (BOIB núm. 141, de 18-11-2000).
2. La petició va acompanyada de l'informe jurídic i dels documents que disposa l'article 16,8 apartats 2 i 3, del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).
3. És procedent l'emissió de l'informe interessat.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que planteja el batle de Santanyí se circumscriu a determinar si en una licitació a la qual concorre una unió temporal d'empreses (UTE) s'ha de valorar un criteri concret d'adjudicació, quan el compliment d'aquest criteri només l'acredita un dels membres de la UTE que, en aquest cas, representa el 50 per cent de la seva participació en la UTE.

Amb independència de la concepció o naturalesa jurídica que s'ha d'atribuir al criteri de què s'extracta en la consulta (qualitat mediambiental, i qualitat del servei) i a la qual llavors ens referirem en consideració apart, s'ha de partir del principi que l'acreditació de qualsevol criteri d'adjudicació per qualsevol dels integrants d'una UTE ha de beneficiar

la resta dels que la componen, llevat que en els plecs que regeixen la contractació s'estableixi una forma distinta de valoració, cosa que no es produeix en el cas que ens ocupa com així s'indica en el mateix escrit de consulta i es pot comprovar dels plecs adjuntats amb la documentació aportada.

Els criteris d'adjudicació operen exclusivament sobre l'oferta, i l'oferta és única per a cada licitador, tant si és una sola empresa o una pluralitat constituïdes en UTE, i si s'exigeixen uns requisits determinats per acreditar el compliment d'algun criteri d'adjudicació, és indiferent que aquesta acreditació la faci qualsevol dels membres de la UTE, atès que sempre estarà afecte el compliment del criteri a l'objecte del contracte al qual es dirigeix l'oferta. A títol d'exemple, i prenent els mateixos criteris d'adjudicació que figuren en el Plec de clàusules administratives particulars aportat, és indiferent que la propietat dels vehicles nous que són valorats com "millores" pertanyin a un sol dels membres de la UTE, el que és essencial és que el vehicle forma part de l'oferta única de la UTE i s'ha d'afectar a l'objecte del contracte. De la mateixa manera ocorre amb el criteri de valoració de la plantilla de personal, que pot pertànyer a qualsevol de les empreses de la UTE, etc.

Per altra banda, no és equitatiu que obtenguin la mateixa puntuació en un determinat criteri els licitadors que no hi aporten res que aquells que perquè hi acudeixen en UTE algun dels seus membres sí que n'acredita el compliment, i malgrat que en el plec es podria haver aclarit la manera de puntuar el criteri quan es tracti d'UTE, per exemple, en funció del percentatge de participació que hi té cada empresa, el que és cert és que no s'ha fet així i, per tant, s'ha d'estar al que s'ha dit abans.

Segona. La Llei de contractes de les administracions públiques (text refós aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, -LCAP-) i el seu Reglament general (aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre -RGLCAP-) permeten la contractació amb unions d'empresaris als quals s'imposa una responsabilitat solidària amb independència de la seva participació en la UTE, i es fixa l'acumulació de *"les característiques acreditades per cadascun dels que la integren"* als efectes de *"la determinació de la solvència de la unió temporal"* (art. 24 del RGLCAP), com també l'acumulació de les classificacions de cadascun dels integrants de l'UTE

(art. 31 de la LCAP i 52 del RGLCAP) si bé en aquest darrer supòsit s'exigeix, a més, que cada empresa estigui classificada prèviament, i s'estableix de manera clara i inequívoca en l'art. 52 del Reglament l'extensió i el benefici de l'UTE de la característica aportada només per un dels seus integrants, quan diu a l'apartat 2 que: *“Quan per a una licitació s'exigeix classificació en un subgrup determinat i un integrant de la unió temporal està classificat en aquest subgrup amb una categoria igual o superior a la que es demana, la unió temporal assolirà la classificació exigida”*. I encara que, llavors, no es digui res ni en la Llei ni en el Reglament sobre la possible acumulació als efectes de la valoració dels criteris d'adjudicació, el que és cert és que les normes esmentades es poden aplicar analògicament d'acord amb el que disposa l'art. 4.1 del Codi civil, que disposa: *“Pertoca l'aplicació analògica de les normes quan aquestes no preveuen un supòsit específic però en regulen un altre de semblant, entre els quals s'aprecii identitat de raó”*.

En la contractació pública una UTE no té vida jurídica independent fins que no es produeix l'adjudicació del contracte a favor seu, moment en què s'ha de formalitzar en escriptura pública, i basta per poder concórrer a la licitació el compromís dels seus integrants de constituir-s'hi en cas de ser-ne adjudicataris (articles 24 de la LCAP i 24 dels RGLCAP). Per tant, no es pot argüir que l'UTE manca del corresponent certificat ISO, com s'apunta a l'informe jurídic adjuntat per la persona interpellant, on s'al·ludeix a aquesta interpretació que dóna l'enginyer municipal havent-ho consultat prèviament a AENOR, no només perquè la interpretació de les normes de contractació administrativa no correspon que la faci en una licitació una empresa expenedora de certificats de qualitat (AENOR), sinó perquè és obvi que l'UTE difícilment podria obtenir el certificat ISO abans de l'adjudicació, atès que si no en fos adjudicatària no podria tenir cap actuació com a UTE, d'aquí que LCAP i el seu Reglament prevegin l'acumulació de les circumstàncies i característiques de les empreses que la integren.

Tercera. Una qüestió diferent és si les circumstàncies de qualitat en els processos de producció de les empreses constitueixen o poden constituir un criteri d'adjudicació dels contractes públics, o si, al contrari, només poden ser considerades a l'hora d'avaluar la solvència dels licitadors. La dialèctica sobre aquest aspecte ha estat objecte de nombroses opinions i pronunciaments, sobretot en els aspectes mediambientals (precisament

ho és un dels certificats ISO inclosos en el criteri d'adjudicació que tractam ara) i sobre els quals, encara que sigui sumàriament, convé expressar l'apreciació d'aquesta Junta Consultiva, en el benentès que no afecta ni pot afectar el cas concret consultat, on ni els plecs varen ser impugnats, i en presentar ofertes els licitadors els varen acceptar plenament (art. 79.1 de la LCAP), ni la qüestió en si mateixa ha estat objecte de la petició d'aquest Informe, i sense perjudici que la decisió sobre la valoració del criteri a l'UTE competeix en exclusiva a l'òrgan de contractació, atès que els informes de la Junta Consultiva manquen de caràcter vinculant.

La LCAP, a l'art. 86.1, refereix com un dels criteris objectius que han de servir de base per a l'adjudicació "*la qualitat*", fins i tot en una relació merament enunciativa en utilitzar l'expressió "*tals com*".

Aquest redactat legal no fa sinó traslladar el que a l'efecte diuen sobre això les directives europees per a la coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis (art. 36, Directiva 92/50/CEE), dels contractes de subministrament (art. 26, Directiva 93/36/CEE) i dels contractes dels sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions (art. 34, Directiva 93/38/CEE).

El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees té dit que els criteris d'adjudicació han d'estar referits a les ofertes i han d'incidir en els avantatges de caràcter econòmic en definir el concurs com l'adjudicació efectuada a l'oferta "*econòmicament més avantatjosa*".

Incideix en l'oferta estar en possessió d'un determinat certificat de qualitat? És avaluable econòmicament tenir aquest certificat?

Les normes de qualitat i les empreses que expedeixen els seus certificats no solen garantir els productes sinó que analitzen els processos de les empreses en l'elaboració d'aquests o en la prestació dels seus serveis, i les avalen quant als resultats, el que, sens dubte, repercuteix d'alguna manera en la concreta oferta que les empreses en possessió d'aquests certificats fan en una licitació. Aquesta qualitat, reconeguda per als procediments habituals de comportament d'una empresa, difícilment pot garantir-se en un producte final que encara s'ha de fer, i per això és

més factible considerar com un element de solvència tenir reconegut un certificat de qualitat, que s'obté pel que les empreses han fet i com ho fan, que considerar-lo com un element d'adjudicació, que ha d'analitzar el que s'ha de fer. Per això és en la fase de selecció de les empreses que hi han de participar on té ubicació idònia l'exigència de certificats de qualitat ISO, ja que es té o no es té i l'Administració contractant pot exigir-lo o no als qui vulguin contractar, i després atorgar el contracte a qui faci la millor oferta.

La Comissió de les Comunitats Europees, en data 04-07-2001, va elaborar una Comunicació interpretativa sobre les possibilitats d'integrar els aspectes mediambientals a la contractació pública. S'hi detallen els diferents moments d'un procediment de contractació on poden tenir cabuda els aspectes mediambientals, des de l'inicial de la decisió sobre l'objecte del contracte, sobretot en el moment de determinar-ne les especificacions tècniques, fins al final de l'execució del contracte mitjançant la fixació de clàusules contractuals detallades o condicions imposades a l'adjudicatari adreçades a la protecció del medi ambient. La possibilitat de considerar els certificats de qualitat mediambiental, segons la Comissió Europea, és més adequada en la fase de selecció del contractista que en la fase d'adjudicació del contracte, sense que s'exclouï de manera absoluta aquesta possibilitat, i la Comunicació interpretativa argumenta que *“els elements mediambientals poden servir per determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa, en aquells casos en els quals suposi un avantatge econòmic per a l'entitat contractant que pugui atribuir-se al producte o servei objecte de la licitació”*, la qual cosa és, sens dubte, difícil de determinar i concretar.

En línia amb el que s'ha apuntat, aquesta Junta Consultiva entén que és més oportú que les característiques de qualitat (mediambiental o d'un altre tipus) dels processos productius o de gestió de les empreses siguin operatius i s'hagin d'acreditar en la fase selectiva de les empreses que s'han de considerar aptes per licitar (solvència), i no en la fase d'adjudicació dels contractes on només haurien de jugar els elements que incideixen directament en la determinació de la millor oferta com la més avantatjosa econòmicament, i eludir aquells criteris que comporten una enorme dificultat per avaluar-los des d'aquest punt de vista.

Tanmateix, això no obsta la forma de valoració del criteri del cas que planteja el batle de Santanyí quant a la validesa com a criteri d'adjudicació, ni quant a l'acreditació per l'UTE d'acord amb el que s'ha raonat.

Conclusió

En l'avaluació dels criteris d'adjudicació en una licitació, quan no s'indiqui la manera d'efectuar-la en els plecs de clàusules administratives particulars, i es tracti d'unions temporals d'empreses, l'acreditació del criteri per part d'algun dels seus integrants s'estén i beneficia el conjunt de l'UTE.

Informe 7/03, de 29 de maig de 2003

Contracte d'obres. “U per cent cultural”. Pressupost de càlcul en els contractes d'obra sota la modalitat d'abonament total del preu.

Antecedents

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports sol·licita informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa mitjançant escrit que, literalment, diu el següent:

“A la tramitació de l'expedient de contractació de l'obra de construcció del desdoblament de la carretera C-715 entre Palma i Manacor, tram: Casablanca – Montuïri, que es tramità sota la modalitat d'abonament total del preu, la Intervenció General, al seu informe de fiscalització prèvia, va posar una objecció relativa a la retenció de crèdit per import de l'u per cent cultural.

Segons la Intervenció General, d'acord amb l'article 80, apartats 1, 4 i 6 de la Llei 12/98, de 21 de desembre, de patrimoni històric de les Illes Balears, a la qual fa referència l'Informe 5/00, de 25 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, aquesta Conselleria havia de fer una retenció de crèdit per import de l'u per cent sobre el preu final per pagar (pressupost base).

Aquest pressupost base inclou el preu màxim de construcció de l'obra, incloses les possibles variants, més el cost màxim de finançament de la construcció i més el cost màxim de l'ajornament. Així, no inclou únicament la inversió, sinó que també inclou els costos financers. La retenció de l'u per cent cultural es produeix sobre un import que no es destina totalment a inversió sinó que en part són costos financers, interessos, i que s'imputen a distintes partides pressupostàries: una en el capítol IV destinat a inversions reals, i l'altre al capítol III destinat a despeses financeres.

L'Informe 5/00, de 25 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, va interpretar la Llei de patrimoni històric quant a l'u per cent cultural i va establir, a la conclusió segona, que la base de càlcul per tenir en compte per a l'u per cent cultural ha de ser el pressupost base de licitació. Això no obstant, aquest Informe no preveu l'existència dels contractes d'obra

sota la modalitat d'abonament total del preu, en què es paga no només el preu de construcció de l'obra, sinó també el cost de finançament i, si n'és el cas, el cost de refinançament.

L'Informe 5/00, entre altres, fa referència a la normativa de la Generalitat Valenciana respecte d'aquest tema, la qual va referir l'u per cent a les "inversions reals en el capítol VI de l'estat de despeses". Cal tenir en compte que la Generalitat Valenciana té una llarga experiència en la contractació sota la modalitat d'abonament total del preu.

Per tot això, us deman que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa emeti informe sobre si l'u per cent cultural previst a la Llei 12/98, de 21 de desembre, de patrimoni històric de les Illes Balears, s'ha d'aplicar sobre el pressupost base de licitació com qualsevol altre contracte (si bé en aquest cas concret és el pressupost que inclou tots els costos financers), o si s'ha d'aplicar únicament sobre el cost efectiu de construcció, sense incloure cap despesa de finançament, atesa l'especialitat de la contractació sota la modalitat d'abonament total del preu.

Us tramet, adjunt, l'informe jurídic sobre aquesta qüestió i una còpia del quadre de característiques d'aquest contracte en particular".

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La sol·licitud d'informe l'efectua la Secretaria General Tècnica de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, qui té legitimació per fer-ho d'acord amb l'art. 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997), de creació de la Junta Consultiva, i l'art. 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).
2. La sol·licitud s'acompanya d'un informe Jurídic, d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'art. 16 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat, atès que compleix tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Única. La qüestió de l'u per cent cultural, ja l'ha abordada aquesta Junta Consultiva en l'Informe 5/00, de 25 de maig de 2000, com diu el mateix escrit de consulta, i al qual ens remetem en la seva íntegra argumentació, i no pertoca variar el pronunciament emès llavors per la circumstància que el contracte d'obres se sol·liciti sota la modalitat d'abonament total del preu.

La pretensió que els costos de finançament no computen per al càlcul de l'u per cent cultural atès que no formen part del preu de construcció de les obres no és un argument suficient per desvirtuar les conclusions que es varen assentar en el nostre Informe 5/00, ja que es va dir que la base del càlcul de l'u per cent seria el pressupost base de licitació, i el cost de finançament forma part del pressupost base de licitació d'aquests contractes, com també ho fa l'IVA en tots els contractes d'obres (art. 131 del Reglament de la LCAP), i ningú no posa en dubte que tot i que no és preu de la construcció forma part del pressupost base.

A més, en el Model tipus de Plec de clàusules administratives particulars per als contractes d'obres sota la modalitat d'abonament total del preu, per concurs obert, aprovat per Ordre del conseller de Presidència de 7 de novembre de 2002 (BOIB núm. 140, de 21-11-2002), i del qual va informar prèviament aquesta Junta Consultiva, s'estableix que el pressupost base és el *“preu final per pagar”*, inclosos els costos de finançament, i també el plec que s'ha fet servir en la licitació que motiva la pregunta, aportat amb la documentació, determina com a pressupost base el *“preu màxim de la construcció que inclou les possibles variants, més el cost màxim de finançament de la construcció (al final d'obra) més el cost màxim de l'ajornament”*.

L'esperit que inspira la interpretació de la consideració del pressupost base com a referència del càlcul per a l'u per cent cultural, com ja es va dir a l'Informe 5/00, no és altre que afavorir el bé jurídic que es protegeix, que en aquest cas és la protecció i el foment del patrimoni històric, interès general que ha de dur a la interpretació de la Llei de patrimoni històric de les Illes Balears en el sentit més favorable a la consecució de

les finalitats que s'intenten aconseguir, sense perjudici que, en el seu dia, es faci una major concreció en les normes que la despleguen.

En darrer terme, s'ha de reiterar que els informes de la Junta no són vinculants i que en l'Informe 5/00 es va arribar a la conclusió següent, que serveix a tots els efectes en aquest informe.

Conclusió

La Junta Consultiva entén que, mentre no es desplegui reglamentàriament la Llei 12/1998, de 2 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears, la interpretació de la determinació de "l'u per cent cultural", regulat a l'article 80 de la Llei esmentada, ha de ser la següent, que, a la vegada, recomana que s'utilitzi com a criteri homogeneïtzador:

1. La base de càlcul per tenir en compte serà el pressupost base de licitació dels expedients de contractació d'obres.
2. Les modificacions posteriors o contractes complementaris d'un contracte d'obres només donaran lloc a la retenció de l'u per cent cultural si el seu pressupost base de licitació, considerat aïlladament, supera el límit fixat a l'article 80 de la Llei de patrimoni històric de les Illes Balears".

Informe 8/03, de 25 de setembre de 2003

Penalitats per incompliment dels terminis parcials d'execució del contracte distintes a les enumerades a l'art. 95 de la LCAP.

Antecedents

La subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut tramet escrit a la Junta Consultiva del tenor següent:

“Atès l'article 2 del RD 30/1991, de 18 de gener, sobre règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, ens adreçam a vostès, i us sol·licitam l'emissió d'un informe sobre les penalitats que, tot i que no es troben a l'article 95 de l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, es poden incloure en el Plec de clàusules administratives particulars.

Penalitats que es troben dins la legalitat i que es puguin aplicar en els casos d'incompliment parcial, per exemple en l'incompliment de la data d'entrada d'alguns lots, en concurs de subministrament de medicaments, pel perjudici que aquestes demores causen, i que repercuteixen clarament en el bon servei a l'usuari de la sanitat pública i en una major despesa per a aquesta Gerència.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Formula la sol·licitud d'informe, i s'adreça innominadament a “Junta Consultiva”, sense res més, la subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut i ho fa d'acord amb l'article 2 de l'RD 30/1991, de 18 de gener, sobre règim orgànic i funcional de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, amb la qual cosa no se sap si la intenció de la interpel·lant era adreçar-se a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (atès que la norma a l'empara de la qual es fa regeix exclusivament per a aquesta Junta) o si es vol aplicar aquesta norma a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

2. La persona que fa la consulta no té legitimació per sol·licitar informe a aquesta Junta en virtut del que disposen l'article 12 del D 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i dels registres de Contractes i de Contractistes de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i el Reglament d'organització i funcionament de la Junta, que s'apravà per Acord del Consell de Govern de les Illes Balears de 10 d'octubre de 1997, (BOCAIB del dia 25 següent).
3. L'escrit de la consultant manca dels requisits que exigeix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, la qual cosa s'ha comunicat per escrit a la consultant.
4. No és, idò, admissible la sol·licitud d'informe formulada per la subdirectora de Gestió d'Atenció Primària de Mallorca de l'Ib-salut, sense perjudici del que es dirà llavors en les consideracions jurídiques, i de continuar mantenint el criteri d'aquesta Junta en informes anteriors (4/98; 7/98; 12/98; 4/99; 6/99 i 2/03) d'exposar algunes generalitats amb relació al tema de fons, sense perjudici que, si es compleixen les normes aplicables, es pugui replantejar la consulta en el futur.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió plantejada és de caràcter general en relació amb el contingut de l'art. 95 de l'RDLEG 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

La qüestió és determinar si hi ha altres penalitats, no compreses a l'art. 95 esmentat, que puguin aplicar-se en els supòsits d'incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials d'execució d'un contracte administratiu. Es deixa de banda la referència a l'exemple que planteja l'escrit perquè es considera que podria distorsionar o destorbar el raonament jurídic que es pretén.

Segona. La resposta està recollida en el mateix contingut de l'art. 95 de la Llei quan a l'apartat segon del punt 3 estableix:

“L’òrgan de contractació podrà acordar la inclusió en el plec de clàusules administratives particulars d’unes penalitats distintes a les enumerades en el paràgraf anterior...”

Ara bé, encara que la pregunta no concreta exactament quina és la qüestió, se suposa que el que es pretén dilucidar és conèixer quines són les penalitats que es poden imposar, que es concreti amb detall quin tipus de penes es poden aplicar, en els supòsits d’incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials d’execució d’un contracte administratiu, distintes a les que preveu l’art. 95.

Tercera. Una vegada centrada la qüestió, i sabent que l’Administració té facultat per introduir penalitats distintes de les enumerades en el primer paràgraf del punt 3 de l’art. 95, la segona pregunta és indagar quines altres penalitats pot imposar l’òrgan de contractació en els supòsits d’incompliment ja esmentats.

Ni la Llei de contractes de les administracions públiques ni el Reglament que la desplega, determinen quines altres penalitats es poden imposar en el cas d’incompliment per demora del termini d’execució d’un contracte administratiu. Ens trobam davant un precepte d’aplicació general a totes les modalitats de contractació i, per això mateix, no hi ha cap altre precepte legal que estableixi penalitats concretes a supòsits concrets per incompliment de terminis d’execució de contractació administrativa. Sens dubte, idò, ens trobam davant un supòsit d’activitat discrecional de l’òrgan de contractació i, per tant, en la resolució de la qüestió plantejada s’han d’analitzar els límits i els principis que l’han de regir.

Quarta. L’art. 4 de la LCAP, estableix el principi de llibertat de pactes en la contractació administrativa, i el limita, lògicament, a les finalitats de l’activitat pública, i la sotmet, a més, al principi de legalitat a l’ordenament jurídic i als principis de bona administració.

El contingut de l’article 4 esmentat abans és conseqüència de l’aplicació del principi de dret privat de llibertat de pactes entre les parts contractants de l’article 1255 del Codi civil.

Partint d'això, l'Administració podria establir les penalitats que consideràs oportunes en els casos de demora en l'execució, total o parcial, d'un contracte administratiu, però sempre dins l'àmbit de la defensa de l'interès públic i amb les limitacions de l'ordenament jurídic, ateses les especials característiques del contracte i la bona administració.

A les limitacions assenyalades s'haurien d'afegir els principis de proporcionalitat i equitat, que s'inclouen dins els principis generals del dret, i que s'han de tenir en compte com a principis limitadors de qualsevol activitat discrecional de l'Administració.

Cinquena. La protecció de l'interès públic en cap cas no justifica la introducció de penalitat abusives que, si bé l'afavorien, suposarien una clara desproporcionalitat entre pena i perjudici ocasionat a l'interès públic amb la demora. No obstant això, l'objecte del contracte i el nivell de rellevància del termini d'execució són determinants per concretar les penalitats per incompliment per demora en l'execució d'un contracte administratiu.

Sisena. Una vegada constatada la possibilitat legal d'imposició de penalitats distintes a les previstes a l'article 95 de la LCE per incompliment en els terminis d'execució d'un contracte administratiu; afirmada la facultat discrecional de l'Administració en la imposició de penalitats distintes a les previstes a l'article 95 de la LCE i exposats els límits a aquesta activitat, la qüestió següent que es planteja, en l'estudi de les penalitats per demora en el compliment del contracte administratiu, és determinar quin tipus d'aquelles penalitats pot imposar l'òrgan de contractació. No fa falta dir que, havent arribat a aquest punt del raonament, la concreció de les penalitats és un dels punts obligats a incloure en el Plec de clàusules administratives particulars del contracte.

Setena. Si bé en un principi es podria pensar que l'òrgan de contractació, en el plec de clàusules administratives particulars, pot establir penalitats distintes a les de tipus pecuniari, la realitat és que, de l'estudi de l'articulat de la Llei de contractes de les administracions públiques i del Reglament que la desplega, es dedueix que el legislador, quan autoritza l'Administració per imposar penalitats distintes a les que regula el punt 3 de l'art. 95, està pensant en la variació de l'import o percentatge de

la pena pecuniària. Està pensant que la importància de l'objecte del contracte i la demora en el compliment incrementen la proporció de la penalitat del paràgraf primer del punt 3r de l'art. I això es dedueix del contingut del punt 4 de l'art. 95, quan diu:

“4. Cada vegada que les penalitats per demora arribin a un múltiple de 5 per 100 del preu del contracte, l'òrgan de contractació està facultat per resoldre'l o acordar-ne la continuació de l'execució amb imposició de noves penalitats”.

En aquest mateix sentit que les penalitats han de ser de tipus pecuniari trobam l'article 99 del Reglament general de la LCAP quan estableix que: *“els imports de les penalitats per demora es faran efectius mitjançant deducció d'aquests en els certificats d'obres o en els documents de pagament al contractista.”*

Conclusió

1. L'administració només pot imposar, en els supòsits d'incompliment parcial per demora respecte dels terminis parcials o totals d'execució d'un contracte administratiu, penalitats distintes a les previstes en el paràgraf primer punt 3, de l'art. 95 de la LCAP quan estiguin incloses en els plecs de clàusules administratives particulars.
2. Les penalitat per demora respecte dels terminis parcials o totals d'execució d'un contracte administratiu s'han d'establir tenint en compte els principis de proporcionalitat, equitat, i s'han de sotmetre a l'ordenament jurídic, bona administració, defensa de l'interès públic i amb especial atenció a les especials característiques del contracte i a la seva execució.
3. Les penalitats per imposar per demora en el termini o els terminis d'execució d'un contracte administratiu han de tenir sempre el caràcter de pecuniàries.

Informe 9/03, de 30 d'octubre de 2003

Forma de tramitar i documentar determinats pactes o convenis.

Antecedents

La Secretaria General de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals ha sol·licitat a la Junta Consultiva un informe sobre els aspectes següents:

“Atès el dubte que ha sorgit a la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals sobre la qüestió plantejada en l'informe jurídic que s'adjunta, aquesta Secretaria General, de conformitat amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, sol·licita que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa emeti un informe sobre la forma de tramitar i documentar els pactes o convenis referits en el document que s'adjunta”.

La petició va acompanyada d'un informe jurídic del Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals en el qual es planteja la següent qüestió:

“El motiu o finalitat d'aquest informe és resoldre el dubte que ha sorgit sobre la forma i la tramitació que s'han de seguir en la formalització de determinats pactes que la Conselleria de Relacions Institucionals té previst subscriure amb persones privades o entitats públiques subjectes al règim privat. Aquests pactes tenen per objecte l'aportació o ajuda econòmica de l'Administració per col·laborar en la promoció o el foment de determinades activitats realitzades per particulars o entitats sotmeses al règim jurídic privat a canvi del compromís d'aquest darrer subjecte de fer publicitat del Govern de les Illes Balears”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La sol·licitud del l'informe la fa la secretària general de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, i d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, i amb l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, té legitimació per formular-la.

2. En la sol·licitud hi adjunta un informe jurídic sobre la qüestió plantejada realitzat pel Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, el qual compleix l'apartat 3 de l'article 16 de l'esmentat Reglament d'organització.

Consideracions jurídiques

Primera. La pregunta plantejada s'hauria d'haver enfocat cap a la naturalesa jurídica i el caràcter dels pactes i convenis que vol formalitzar la peticionària, com també el règim jurídic i la regulació.

Segona. Amb el benentès que les preguntes que s'hi formulen són de caire general i que algunes són alienes a la matèria pròpia de la contractació administrativa, la primera qüestió que se'ns planteja és determinar si estam davant una subvenció o un contracte.

El concepte de subvenció el defineix l'article 2 de la Llei 5/2002, de 21 de juny, de subvencions, que diu:

“A l'efecte del que estableix aquesta Llei, té la consideració de subvenció qualsevol disposició gratuïta de fons públics i, en general, qualsevol recurs públic avaluable econòmicament, realitzada per l'Administració a favor d'una persona física o jurídica, pública o privada, que s'afecta a la realització d'una activitat d'utilitat pública o d'interès general, o a la consecució d'una activitat pública.”

En aquest punt coincidim amb l'informe del Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, quan diu que, d'acord amb l'article descrit, es parlarà de subvenció quan estam davant un acte de liberalitat per part de l'Administració, quan el particular o ens públic rebin una ajuda amb càrrec a fons públics sense cap prestació o activitat cap a l'entitat pública que subvenciona.

En el supòsit que tractam, encara que de manera general, es parla de pactes que té previst subscriure la Vicepresidència amb la finalitat de dur a terme ajudes econòmiques per col·laborar en la promoció o foment de determinades activitats realitzades per particulars o ens públics a canvi del compromís per part d'aquest de fer publicitat de la comunitat

autònoma de les Illes Balears. Insistim, en aquest moment de l'informe, que la falta de detalls dels pactes en qüestió ens obliga a fer una resposta de caire general a la pregunta formulada.

No obstant l'anterior, és el moment de fer una reflexió sobre la naturalesa de la figura del patrocini com activitat de foment. Reflexió que no podrà figurar en l'apartat de conclusions d'aquest informe ja que en la consulta no es concreta el contingut dels pactes objecte d'aquest.

La determinació de la naturalesa jurídica del patrocini està en relació directa amb la causa d'aquest, amb la finalitat d'un patrocini, amb el grau d'importància de l'activitat de foment que finança. Si la finalitat és fomentar una activitat d'interès públic essent el caire publicitari totalment secundari estariem parlant d'un conveni de col·laboració de l'administració amb particulars per atendre activitats privades d'interès públic, al qual s'aplicaria, si s'escau, supletòriament la llei de subvencions. Però, si la causa principal del patrocini fou la publicitat institucional a través del finançament d'una activitat privada d'un particular estariem davant la figura jurídica d'un contracte privat de l'Administració.

D'acord amb els punts anteriors, és clar que a aquests pactes, si tenen per causa principal la publicitat institucional, no els és d'aplicació el règim jurídic de la figura jurídica i administrativa de la subvenció.

Tercera. Exclosa doncs l'aplicació del règim jurídic de la subvenció als pactes objecte d'aquest informe, un cop examinat el contingut, encara que descrit de forma molt general, sembla que estiguem davant un contracte de patrocini publicitari i per les raons que s'apunten.

El contracte de patrocini publicitari es regula en l'article 24 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat, quan diu:

“El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador”.

Si classificam aquesta activitat com una activitat de patrocini i tornam a examinar la Llei de subvencions esmentada, llegim que exclou expressament la figura del patrocini del seu àmbit d'aplicació, que serà supletòria de la seva normativa específica, en aquest cas la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat, la qual cosa ratifica encara més la postura d'excloure els pactes que examinem de la figura de la subvenció.

Quarta. Si elegim el sistema d'exclusió per qualificar uns determinats fets jurídics com els que són objecte d'aquest informe, arribam a la conclusió que els pactes de què tractam solament poden revestir la forma jurídica d'un contracte o d'un conveni. Per tant, les preguntes que ens hem de formular en aquest moment de l'informe són saber si estam davant d'un contracte administratiu, davant d'un contracte privat o davant d'un conveni dels que es regulen en el punt 1 d) de l'article 3 del TRLCAP.

La figura del patrocini publicitari no està determinada en els contractes regulats en la LCAP ni té normativa administrativa específica que la reguli. Davant aquesta manifestació no podem classificar el contracte de patrocini com un contracte administratiu *strictu sensu* "típic" dels descrits en el punt 2 de l'article 5 del TRLCAP.

Cinquena. El contracte de patrocini no és un contracte administratiu típic. El tràmit següent és estudiar la possibilitat d'incloure'l dins els règim jurídic dels contractes administratius especials o dels contractes privats.

El caràcter de contracte administratiu especial el defineix el punt 2 b) de l'article 5 del TRLCAP:

"Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley"

Dels contractes privats subscrits per l'Administració en parla el punt 3 de l'article 5 del TRLCAP, quan diu:

“Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados...”

De l'examen d'aquests preceptes legals podria pensar-se, en principi, que l'actuació de l'Administració objecte d'aquest informe encaixaria dins de la figura del contracte administratiu especial. Ara bé, l'activitat de patrocini no forma part del gir o tràfic específic de l'Administració pública i encara menys satisfà de manera immediata una finalitat pública que sigui de competència específica de l'Administració.

El contracte de patrocini publicitari que analitzam no és un instrument d'utilització específica per part de l'Administració en la seva activitat de foment. L'Administració utilitza de manera preferent la figura jurídica de la subvenció.

El contracte de patrocini publicitari no satisfà de manera immediata cap finalitat pública, és un instrument esporàdic, excepcional, de l'activitat de foment, mai una activitat de foment entesa com a tal.

El contracte de patrocini publicitari no satisfà cap finalitat de competència específica de la comunitat autònoma, si de cas la general de promoció de l'ens administratiu, amb un caire de voluntarietat i no necessari per a la defensa i protecció de l'interès públic.

Sisena. Dit tot això només ens queda la possibilitat de considerar el contracte de patrocini com un contracte privat realitzat per l'Administració. Els criteris utilitzats per determinar el caràcter privat d'un contracte dut a terme per l'Administració són tan amplis, punt 3 de l'article 5 del TRLCAP, que inclouen tota la resta de l'activitat convenial de l'Administració.

Ara bé, si l'anterior és cert, si començam a entreveure el caràcter de contracte privat al del de patrocini que estam analitzant, ja que és evident que el contracte de patrocini no encaixa dins les categories dels contractes regulats pel TRLCAP, que es tracta d'un contracte mercantil

i, per tant, privat. Aquesta és la conclusió a què arribam a partir dels raonaments continguts dins aquestes consideracions jurídiques.

Setena. Finalment, queden per concretar les normes jurídiques del tipus de contracte del qual tractam.

La qualificació d'un contracte dut a terme per l'Administració com de caire privat solament repercuteix amb relació als efectes i a l'extinció del contracte, els quals es regeixen per les normes del dret privat, d'acord amb el que estableix l'article 9.1 del TRLCAP. Pel que fa a la preparació i adjudicació (actes separables), hi són d'aplicació les normes de la legislació dels contractes de les administracions públiques i per resoldre els conflictes derivats d'aquests tràmits hi té competència la jurisdicció contenciosa administrativa.

Conclusió

1. Els pactes objecte de la consulta es podrien considerar que formen part d'un contracte de patrocini de l'article 24 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat.
2. El contracte de patrocini estaria emmarcat com un contracte realitzat per l'Administració pública de caire privat.
3. La preparació i l'adjudicació del contracte, per la seva naturalesa privada, es regiran, a falta de disposicions administratives específiques, per les normes del TRLCAP, i els conflictes que es derivin d'aquests actes separables se suscitaran davant la jurisdicció contenciosa administrativa.
4. Els efectes i l'extinció d'aquests tipus de contractes de naturalesa privada es regiran per les normes de dret privat i els conflictes que es produeixin en aquesta fase es resoldran davant la jurisdicció ordinària.

Informe 10/03, de 27 de novembre de 2003

Contractes d'obres. Possibilitat d'acreditar en certificacions ordinàries, variacions en les unitats executades.

Antecedents

La Secretaria General de la Conselleria de Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears, sol·licita a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un informe sobre l'assumpte de referència, en aquests termes:

“En les certificacions ordinàries que s'expedeixen mensualment, se certifica l'import de les obres executades i l'import que s'acredita per a l'abonament. La diferència entre ambdós imports és el “no acreditat” que és l'increment d'unitats executades respecte a les unitats previstes en el projecte. Aquest import del no “acreditat” és el que es certificarà en la certificació final (abans liquidació).

La diferència entre unitats executades sobre les previstes no sempre és positiva, per la qual cosa, en arribar a la darrera certificació en moltes ocasions no s'esgota el pressupost del contracte i, no obstant això, hi ha un import de liquidació (excés d'unitats executades). Fins i tot pot succeir que no s'esgoti el pressupost del contracte primitiu i que la liquidació superi el 10%. Per tant pot arribar a donar-se el fet que no s'esgoti el pressupost del contracte i així i tot, la previsió pressupostària no ens basti per a la liquidació.

En l'anterior reglament de contractació administrativa l'increment en les unitats d'obra executades es recollia en la liquidació. En l'actual reglament de contractació administrativa (Reial decret 1098/2001) s'estableix la possibilitat que puguin ser recollides i abonades en les certificacions mensuals o en la certificació final (abans liquidació).

Per això i d'acord amb el que disposen els articles 2.1 i 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i els articles 15.1 i 16 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per acord del consell de govern de 10 d'octubre de 1997, us sol·licitam informe en relació a la següent qüestió:

En relació a les variacions sobre unitats d'obres executades, se demana si en les certificacions ordinàries es poden acreditar variacions positives en les unitats acreditades per a compensar les variacions negatives, i així esgotar el pressupost del contracte primitiu. També es demana com es regula l'elecció d'un criteri o un altre i si cal que vingui especificat en el plec de prescripcions tècniques particulars o en el de clàusules administratives.

Us adjuntem l'informe del servei jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura en relació a l'esmentat assumpte.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, disposa que la Junta emetrà informes a petició dels secretaris generals tècnics (avui secretaris generals) de les diverses conselleries i l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta aprovat per Acord del Consell de Govern de la comunitat autònoma de les Illes Balears, de 10 d'octubre de 1997, estableix que els secretaris generals tècnics de les conselleries tenen legitimació per sol·licitar informes a la Junta Consultiva per això el peticionari d'aquest informe ho està.
2. En la sol·licitud s'ha acompanyat un informe jurídic del Servei Jurídic de la mateixa Conselleria en relació amb les qüestions plantejades, amb la qual s'ha complert l'exigència de l'article 16.3 de l'esmentat Reglament.

Consideracions jurídiques

Primera. Amb relació al contracte d'obres, pel que fa a les certificacions i abonaments a compte (que és en el que consisteix el seu caràcter), l'article 145 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP), aprovat pel RD. legislatiu 2/2000, de 16 de juny, estableix que als efectes del pagament, l'Administració expedirà mensualment en els deu primers dies següents al mes que corresponguin, certificacions que comprenguin l'obra executada durant l'esmentat període de temps, llevat que el plec de clàusules administratives particulars estableixi el

contrari, els abonaments del qual tenen el concepte com s'ha dit, de pagaments a compte subjectes a les rectificacions i variacions que es produeixin en la medició final.

Segona. En vista de la primera part de la consulta, referida a les unitats d'obra executades, preguntant qui la planteja, si en les certificacions ordinàries es poden acreditar variacions positives a les unitats executades per compensar les variacions negatives, i així esgotar el pressupost del contracte primitiu, el plantejament fet és, en realitat, el d'execució de variacions d'unitats d'obra, supòsit que es contempla en l'article 160 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP).

Aquest article està emmarcat dintre de la secció 2a del capítol III, que regula les “*modificacions al contracte d'obres*”, per la qual cosa la consulta plantejada es basa en un supòsit de modificació del contracte d'obres per variacions sobre les unitats d'obra executades.

Tercera. Partint de l'afirmació anterior i com a qüestions prèvies i necessàries per donar la resposta final a la pregunta formulada s'ha d'assenyalar:

1) La llei permet introduir variacions al nombre d'unitats executades sobre les previstes en les mediacions del projecte adjudicat, sense autorització prèvia quan aquestes variacions no suposin un increment de despesa superior al 10 per 100 del preu primitiu del contracte. Cas contrari, les variacions sobre les unitats d'obra requeriran una aprovació prèvia i elaboració de l'expedient de modificació del contracte.

Ni cal dir que, si parlàssim d'introducció d'unitats d'obra no previstes en el projecte d'execució, qualsevol intent en aquest sentit suposarà una significativa modificació del contracte i conseqüentment, l'aplicació dels arts. 101 i 54 del TRLCAP.

2) Les variacions sobre unitats d'obra executades que no excedeixin del 10 per 100 del preu primitiu del contracte no requereixen aprovació prèvia i hauran de ser recollides i abonades en les certificacions

mensuals. Aquelles que excedeixin del 10 per 100 també seran recollides i abonades en les certificacions mensuals però prèviament hauran d'haver obtingut l'aprovació (art.160 RGLCAP).

- 3) En el cas de contractes d'obres d'execució plurianual es podrà optar entre incloure les variacions en les certificacions mensuals d'obra executada, o en la certificació final amb càrrec al crèdit addicional del 10 per 100 als quals al·ludeix la disposició addicional catorzena de la TRLCAP.

Quarta. Arribats a aquest punt és quan s'ha de contestar a la primera de les consultes que es formulen, és a dir, si és possible compensar variacions negatives d'unitats d'obra executada amb variacions positives i d'aquesta manera esgotar el preu primitiu del contracte, sense excedir-se.

La legislació no preveu de forma expressa la situació plantejada a la consulta a la qual es pretén donar resposta, per la qual cosa haurà de fonamentar-se partint d'apreciacions i interpretacions sobre l'articulat que regula la modificació dels contractes de les administracions públiques i això perquè com ja hem indicat en la segona consideració, les variacions sobre unitats d'obra executada conformen un supòsit de modificació del contracte.

La compensació entre variacions positives i negatives de unitats d'obra executades podria suposar a primera vista una desvirtuació, substancial o no, de l'objecte del contracte.

La possibilitat de modificació dels contractes per part de l'Administració, el "*ius variandi*" és una activitat en la que l'Administració no gaudeix d'una voluntat lliure, ja que el grup normatiu, tal com diu el dictamen del Consell d'Estat núm. 1041 de 30 de juliol de 1992, sobre contractació pública, estableix que es tracta d'una voluntat taxada.

Cinquena. A la consulta que pretén contestar-se s'està plantejant la modificació d'un projecte d'obra i, conseqüentment l'objecte d'un contracte administratiu d'obra.

Com ja s'ha dit abans, l'article 160 del RGLCAP permet la modificació del projecte d'obra en unitats executades sempre que això no suposi una variació, en excés, del 10 per 100 del preu primitiu del contracte. És una clara excepció a la norma general de la modificació dels contractes que es regula a l'art. 101 del TRLCAP que restringeix en gran manera el "*ius variandi*" de l'Administració en la contractació pública que limita l'activitat modificadora dels contractes a raons d'interès públic i per causes taxativament establertes.

Sisena. La normativa sobre contractació pública que regula restrictivament la capacitat de modificació dels contractes per part de l'Administració, va deixar una porta oberta a la modificació, sense autorització prèvia del projecte d'obra per excés, sempre que això no suposi més del 10 per 100 del pressupost primitiu del contracte d'obra i sempre que aquest excés sigui en unitats d'obra previstes en les modificacions del projecte, i no admet, *a sensu contrario*, la introducció d'unitats noves amb càrrec al 10 per 100 indicat.

Setena. La situació que es planteja en la consulta, no preveu l'increment del 10 per 100 del pressupost de l'obra projectada, al contrari, la compensació entre unitats positives i negatives té per finalitat poder esgotar el pressupost del contracte primitiu.

Dit això i d'acord amb les anteriors consideracions d'aquest informe, podria afirmar-se la possibilitat de procedir a compensacions entres unitats d'obra positives i negatives sempre que això no suposàs cap incremento del pressupost primitiu del projecte o que, suposant-ho, no representàs més del 10 per 100 d'aquest.

Ara bé, si l'anterior és cert, també ho és, que per via de la compensació d'unitats d'obra positives i negatives estiguem desvirtuant el projecte d'obra modificant-lo substancialment, en definitiva per la via de la compensació es procediria a la modificació de l'objecte del contracte, en aquest cas d'un projecte d'obra.

En totes aquestes actuacions del "*ius variandi*" la solució, quan afecti a la contractació pública, com ja s'ha dit, ha d'examinar-se des de un punt de vista restrictiu, amb la qual cosa la compensació d'unitats d'obra,

com és una modificació contractual, ha d'interpretar-se restrictivament i amb això afirmar que la compensació no podrà suposar en cap cas, una substancial variació del projecte primitiu, ni en les qualitats ni en les quantitats de les unitats d'obra projectades i encara que amb això no se sobrepassi el pressupost primitiu del projecte. Cas contrari haurà d'obrir-se el procedent de modificació dels contractes de l'art. 101 i següents del TRLCAP.

Vuitena. La segona qüestió que es planteja és saber si les variacions de les unitats d'obra executades es poden compensar en les certificacions mensuals o en la certificació final.

La resposta, per analogia, ve prevista en el mateix article 160 del RGLCAP que, en el seu punt 2, estableix que les variacions, en aquest cas per compensació d'unitats d'obra positives amb negatives, se n'aniran incorporant a les relacions valorades mensualment i hauran de ser recollides i abonades en les certificacions mensuals. Afegeix que les indicades modificacions també podran recollir-se en la certificació final però només en els casos de la disposició addicional catorzena de la Llei, és a dir, quan es tracti de contractes d'obra de caràcter plurianual.

Novena. Finalment, quant a la tercera qüestió plantejada a la consulta, de sobre si l'elecció de recollir les modificacions de contracte d'obra en les certificacions mensuals o en la final, s'ha de dir que la qüestió només es plantejarà en els contractes d'obra plurianuals, ja que en els anuals les compensacions hauran de fer-se en les certificacions mensuals. Si ens centram doncs, en els plurianuals, s'ha de contestar que evidentment l'elecció mai pot formar part del contingut del plec de prescripcions tècniques, i ha de figurar en tot cas en el de clàusules administratives particulars i això és així, a més perquè l'art. 67 del RGLCAP estableix com contingut obligatori del plec de clàusules administratives particulars, entre altres, la referència al règim de pagaments del contracte del que formen part, i fins i tot la freqüència d'expedició dels certificats d'obra, tema que no analitzarem per no estar plantejada a la consulta.

La resposta a la primera qüestió plantejada, ha de produir-se en termes de generalitats ja que no hi ha un supòsit concret i no s'especifica amb claredat la definició dels conceptes jurídics utilitzats. Dit això de

la generalitat del bloc normatiu de contractes de les administracions públiques i en concret de la modificació contractual i del contracte d'obres en particular, emetem la següent

Conclusió

1. Les variacions al nombre d'unitats de obres executades sobre les previstes en les medicions d'un projecte d'obra només podran dur-se a terme, si això no suposa un incremento de la despesa superior al 10 per 100 del preu primitiu del contracte.
En cas contrari, serà necessària l'aprovació prèvia de l'expedient oportú de modificació contractual.
2. La variació haurà de recollir-se en les certificacions mensuals, o en les que s'hagin acordat. En el supòsit de contractes d'obra plurianuals l'Administració podrà optar entre recollir les variacions en les certificacions mensuals o en la certificació final.
3. L'elecció d'un o altre sistema haurà de figurar en el plec de clàusules administratives particulars del contracte d'obres. Si res s'hagués previst en ells, s'estarà al que, amb caràcter general, estableix a aquest efectes, la legislació de contractes de les administracions públiques.

Informe 11/03, de 27 de novembre de 2003

Oferta amb documents expedits a Holanda. Formalitats per certificar l'autenticitat de la signatura, la qualitat amb què actua el signant del document i, si escau, la identitat del segell o timbre que duguin els documents

Antecedents

La consulta la formula la Secretaria General de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, i l'escrit de petició d'informe diu així:

“En un expedient de contractació que es tramita en aquesta Secretaria s’ha presentat l’oferta d’una empresa holandesa que aporta documents expedits a Holanda.

Quant a les formalitats dels documents estrangers l'article 23 del Reial decret 1089/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, estableix que les empreses estrangeres que contractin a Espanya han de presentar la documentació traduïda de manera oficial al castellà o, si escau, a la llengua de la comunitat autònoma en el territori de la qual tingui la seu l'òrgan de contractació.

El Conveni XII de la Haia, de 5 d'octubre de 1961, ratifica per instrument de 10 d'abril de 1978, i firmat, entre d'altres, pels Països Baixos, estableix en l'article 3, amb relació als documents públics descrits en l'article 1-2, que l'única formalitat que es pot exigir per certificar l'autenticitat de la signatura, la qualitat en què el signatari del document hagi actuar i, si escau, la identitat del segell o timbre que tingui el document, serà la fixació de la postil·la descrita en l'article 4, expedida per l'autoritat competent de l'Estat d'on dimani el document.

Segons l'article 3-2 de l'esmentat Conveni no s'exigirà la postil·la quan les lleis, reglaments o usos en vigor a l'estat on el document hagi de tenir efecte, o bé un acord entre dos o més estats contractants, la rebutgin, la simplifiquin o dispensin de legalització el mateix document.

Per tot això, sol·licit informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre si s'ha d'exigir la fixació de la postil·la als documents públics expedits per països estrangers que hagin firmat l'esmentat Conveni XII de la Haia.

S'adjunta informe dels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, tal com estableix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La sol·licitud d'informe la formula la Secretaria General de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, per tant està legitimada, d'acord amb el que preveuen tant l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, com l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta aprovat per Acord del Consell de Govern de la comunitat autònoma de les Illes Balears, de 10 d'octubre de 1997.
2. En l'escrit de petició d'informe s'hi adjunta un informe jurídic del Servei Jurídic i Administratiu de la mateixa Conselleria, amb la qual cosa es satisfà l'exigència de l'article 16.3 de l'esmentat Reglament.

Consideracions jurídiques

Primera. Vista la consulta plantejada, ha de distingir-se a l'hora de donar-li resposta, d'una banda l'exigència nacional espanyola referida al compliment de una mera formalitat d'índole practica i, si es vol, cultural, com és la continguda en l'article 23 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP), aprovada pel RD.1098/2001, de 12 d'octubre, i d'altre, la formalitat de caràcter internacional continguda en l'article 2 del XII Conveni de la Haia, concertada el 5 d'octubre de 1961 i signada per Espanya el 21 d'octubre de 1976, per la qual se suprimeix l'exigència de legalització per els documents públics estrangers.

Segona. En efecte: l'article 23 del RGLCAP determina que les empreses estrangeres que contractin en Espanya han de presentar la documentació traduïda de forma oficial al castellà o, en si escau, en la llengua de la corresponent comunitat autònoma en el territori del qual tingui la seu l'òrgan de contractació.

És a dir, que sigui quina sigui l'empresa estrangera que contracti a Espanya, haurà de presentar de la manera descrita tota la documentació que presenti, circumstància que, en la pràctica, es reflecteix en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes. (Vegeu els models tipus de plecs elaborats per les Unitats de contractació i per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i informats per aquesta).

Tercera. No obstant, això, el Conveni de la Haia, en l'article 2 disposa, lògicament, sols per al països que el subscriviren, que la legalització dels documents públics que hagin estat autoritzats en el territori d'un estat contractant i que hagin de ser presentats en el territori d'altre estat contractant, què es refereix l'article 1 del Conveni, en el sentit de dit Conveni, solament cobrirà la formalitat que els agents diplomàtics o consulars del país, en el territori del qual els documents hagin de tenir efecte, certifiquin l'autenticitat de la signatura, la qualitat en què el signatari dels documents hagin actuat i, s'hi escau, la identitat del segell o timbre que els documents tinguin.

De manera que el que fa el Conveni, i solament respecte de les empreses dels estats contractants, és exigir una formalitat més, de la de traducció que requereix l'Estat espanyol.

Quarta. L'article 3 del Conveni esmentat estableix la forma de certificar els extrems exigits en l'article anterior que no és altre que la fixació en aquests documents d'una postil·la (la col·locació, forma, dimensions, etc. de la qual queden fixats en l'article 4 següent), que ha d'expedir l'autoritat competent de l'Estat del qual provenen els documents.

Els articles següents del conveni detallen el procediment d'expedició de la postil·la.

Cinquena. Quant a la pregunta de la consultant, sobre si s'ha d'exigir la fixació de la postil·la als documents públics expressats, direm que el segon paràgraf de l'article 3 del conveni, estableix que no podrà exigir-se la formalitat de la postil·la, quan les lleis, reglaments o usos en vigor a l'Estat en què el documento hagi de tenir efecte, o bé un acord entre dos o més estats contractants, la rebutgin, la simplifiquin o dispensin de legalització els documents mateixos.

Pel que fa a l'Estat espanyol, al qual es contrau lògicament la consulta, no ens consta que hi hagi cap llei, reglament, ús en vigor o cap acord amb estat o estats contractants de l'esmentat conveni de la Haia, en què hi hagi alguna de les circumstàncies limitadoras de la vigència de la postil·la assenyalada anteriorment, continguts en el 2n paràgraf de l'article 3 del Conveni.

Conclusió

S'ha d'exigir la postil·la a què es refereix l'article 3 i següents del XII Conveni de la Haia, respecte dels documents relacionats en l'article 1 i per complir la formalitat determinada en l'article 2, respecte de les empreses dels estats signants, que contractin a Espanya.

Informe 12/03, de 18 de desembre de 2003

Ampliació de l'informe de la Junta Consultiva 7/01, de 31 de maig de 2001. Adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte.

Antecedents

El secretari general de la Conselleria de Medi Ambient de la comunitat autònoma de les Illes Balears sol·licita el següent informe a la Junta:

“Segons l'article 16 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997 que aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, es formalitza una sol·licitud d'informe relatiu a l'ampliació del dictamen de la Junta Consultiva de Contractació núm. 7/01, de 31 de maig de 2001 en relació amb l'adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte per a la conservació, manteniment i explotació de la instal·lació d'aigua de la mar de la Badia de Palma, amb data 19 de novembre de 1999, a la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions.

En data 19 de novembre de 1999, l'Institut Balear de l'Aigua (IBAGUA i l'entitat mercantil “DEGREMONT MEDI AMBIENT S.A” varen signar el contracte per a la conservació, manteniment i explotació d'una dessaladora d'aigua de la mar de la badia de Palma i de les instal·lacions i serveis annexos.

A causa de l'excepció apuntada pels auditors, quant al termini fixat al contracte amb data 18 de juliol de 2001, de pròrroga del contracte d'explotació i manteniment de l>IDAM de la Badia de Palma amb data 19 de novembre de 1999 i ja que l'informe emès pel servei jurídic de l'IBAEN es planteja la qüestió d'ampliació del dictamen núm. 7/01 emès per la Junta Consultiva de Contractació, únicament el referent a l'adequació del termini fixat en la pròrroga de data 18 de juliol de 2001, de l'esmentat contracte en la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions.

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa esmentat, s'adjunta informe del Servei Jurídic de la Conselleria de Medi Ambient, que es tramet en l'informe emès pel servei jurídic de l'IBAEN.

S'adjunta còpia de l'expedient del contracte per a la conservació, manteniment i explotació d'una desaladora d'aigua de la mar de la badia de Palma i de les instal·lacions i serveis annexos, que es va realitzar entre l'Institut Balear de l'Aigua (IBAGUA) i l'entitat mercantil "DEGREMONT MEDI AMBIENT, S.A".

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La petició d'informe la fa el secretari general de la Conselleria de Medi Ambient qui, d'acord amb els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i dels registres de contractes i de contractistes de la comunitat autònoma de les Illes Balears i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament d'aquella, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, està legitimat per a això.
2. A la petició d'informe s'hi adjunta un informe jurídic del servei competent per a això de la mateixa Conselleria, amb la qual cosa es compleix l'article 16.3 de l'esmentat Reglament, cosa que possibilita l'emissió d'aquest informe.

Consideracions jurídiques

Primera. En l'informe de la Junta 7/01, esmentat abans, es varen abordar diverses qüestions plantejades i, encara que no es preveia en la seva sol·licitud el supòsit que ara es formula, la Junta entenia ja que de la qüestió relativa a la data d'entrada en vigor del contracte a què es referia la pregunta, es derivaven una sèrie de conseqüències i que la Junta considerava que la raó de ser de l'esmentada petició arribava també a l'aspecte de la durada o vigència del contracte, a l'efecte d'aplicació, si s'escau, de la seva pròrroga.

Segona. Es deia en aquell informe que la norma aplicable a la sol·licitant en matèria de contractació era la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació en els sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions.

Però també es deia que aquesta Llei és una llei sobre “procediments de contractació”, de manera que afectava únicament fins al moment de l’adjudicació, i no hi havia una regulació específica d’allò referent al compliment i a l’execució del contracte, i que tampoc no entra en els continguts contractuals.

Per això, la consideració de la Junta era que, en tot el que no es preveu en l’esmentada Llei, haurien de seguir-se les normes de contractació que siguin d’aplicació a l’entitat contractant (en aquest cas, l’IBAEN), i això queda clar en la disposició addicional onzena del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP) aprovat per RD Legislatiu 2/2000, de 16 de juny:

“2. Les entitats públiques incloses en l’àmbit de la Llei 48/1998, de 30 de desembre, es regiran, amb relació al que no s’hi preveu, per les seves normes de contractació específiques”.

Tercera. Com, així mateix, es considerava en l’informe que aquí s’amplia, arribats a aquest punt han d’examinar-se quines siguin aquestes normes, amb la finalitat de poder contestar a la pregunta relativa a l’adequació del termini fixat en la pròrroga del contracte, al nostre entendre confusament plantejat en aquests termes.

Com es deia en l’informe de la Junta aquí ampliat, crida l’atenció la lletra de l’article 4.2 del Decret 58/1998, (“*el règim de contractació de l’Institut s’ajustarà a la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques*”) que contradiu el contingut de l’apartat 1 del mateix article (l’IBAEN “*es regirà ‘pel dret privat*”) i xoca amb la Llei 3/1988, d’entitats autònomes i empreses públiques, en l’article 17 del qual disposa que “*la contractació de les entitats regulades en aquest capítol se subjecta al dret privat*”, per la qual cosa es qüestiona així la legalitat de l’esmentat precepte del Decret.

Com ja s’indicava en l’informe 7/01, ha d’observar-se que el precepte del Decret no diu “*podrà ajustar-se*”, sinó “*s’ajustarà*”, sense donar una altra possibilitat, el qual portava a la Junta a la interpretació que es tractava d’una remissió genèrica a la LCAP, que exclou de la seva aplicació els contractes signats en el sector de l’aigua, entre d’altres.

La Llei 1/1989, de 22 de desembre, va crear l'Institut com a entitat de dret públic que actua en règim de dret privat.

La Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions, respecte del procediment de contractació, tal com s'indicava en l'informe 7/01.

Finalment, el text refós de la LCAP que, en la seva disposició addicional desena estableix:

“2. Les entitats públiques incloses en l'àmbit de la Llei 48/1998, de 30 de desembre, es regiran, amb relació al que no s'hi preveu, per les seves normes de contractació específiques.”

Enteníem, per això, que l'aplicació supletòria a l'IBAEN en aquesta matèria era el dret privat, en defecte del que disposa la Llei 48/1998.

Quarta. Segons la Junta, l'IBAGUA, quan el 13 de maig de 1996 va adjudicar el contracte de forma provisional, actuava aplicant les normes de dret privat, perquè aleshores els seus contractes es regien pel Decret 9/1994, de constitució, en l'article 4.2 del qual disposava que el règim de contractació de l'Institut havia de sotmetre's a les normes de dret privat, mercantil, civil o laboral, segons pertocàs, ja que no eren encara vigents ni la Llei 48/1998, ni el Decret 58/1998, que va modificar l'IBAGUA per l'IBAEN.

Cinquena. Entrant ja en la matèria pròpia de la consulta, ha d'indicar-se que, amb independència de l'entrada en vigor del contracte del petitionari de l'informe, el dia de la seva adjudicació definitiva el 30 de maig de 1999, i tal com es deia en l'informe que ara s'amplia, la durada de l'esmentat contracte que, segons la seva clàusula 3, era de dos anys, aquest temps no ha de computar-se des de la data en la qual es va formalitzar (el 19 de novembre de 1999).

Els fonaments legals d'aquest raonament ja es van consignar en l'informe 7/01 d'aquesta Junta, raó per la qual ens limitarem a donar la referència:

Els articles 95.1, 54.4 (55.4 de la Llei 13/1995, de 18 de maig) i 142 de la LCAP, en relació amb el contracte d'obres, i els articles 1.281 i 1.285 del Codi civil.

A la vista de tot això, es conclouia que el termini de durada del contracte volgut pels contractants era de dos anys, a comptar des del moment de la seva formalització, amb independència, però amb la certesa que va entrar en vigor en la data de la seva adjudicació (article 53 de la LCAP: *“Els contractes es perfeccionen mitjançant de l'adjudicació...”*), de manera que, encara que vigeix des de la data de l'adjudicació, l'execució del contracte no es va iniciar fins que es va formalitzar i, conseqüentment, no va finalitzar la seva durada fins complerts els dos anys des d'aquest últim moment.

A més d'això, com ja es considerava en l'informe 7/01, la conjunció de diverses clàusules del contracte, relatives a revisió de preus, al Pla de funcionament, al Pla de manteniment i conservació, al Programa de rutines de neteja de les instal·lacions i locals i del seu entorn, al calendari per a execució de treballs, etc., semblava indicar que es considerava inici de l'execució real del contracte i, per tant, inici del termini de durada pactat, el moment de la formalització del contracte.

En tot cas, s'haguessin pogut utilitzar termes molt més clars per indicar-ho, com és ara *“dins del primer mes a partir de la signatura”*.

Per acabar, direm, que el contracte va entrar en vigor el dia 30 de maig de 1999, però la durada s'estenia fins al 19 de novembre de 2001.

En relació amb això, la clàusula 3a del contracte, sobre la durada, estipula que *“el termini de vigència d'aquest contracte serà de dos anys, prorrogable per períodes successius de cinc anys.*

Les pròrrogues de cada període de vigència seran automàtiques, llevat que sigui denunciat per l'IBAEN, cas en què aquest haurà de comunicar aquesta decisió a DEGREMONT de forma fefaent i amb una antelació mínima de tres mesos respecte de la data d'acabament del període contractual vigent”.

És a dir que, atesa la vigència d'aquesta clàusula, en el cas que no hagi denúncia, el 19 de novembre de 2001 el contracte es va prorrogar automàticament fins al 19 de novembre de 2006.

Conclusió

1. La normativa aplicable al contracte és la Llei 48/1998, de 30 de desembre, sobre procediments de contractació als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i les telecomunicacions, per la qual s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les directives 93/38/CEE, i 92/13/CEE. Quant al que no es preveu en aquesta Llei, s'aplicarà el dret privat.
2. La pròrroga del contracte va haver d'iniciar-se, a falta de denúncia expressa, el 20 de novembre de 2001 i ha de finalitzar el 19 de novembre de 2006.

Any 2004

Informe 1/04, de 30 de setembre de 2004

Contracte d'obres. UTE. Procediments judicials executius contra membre de l'UTE. Cessió del contracte. Obligacions pendents del contracte.

Antecedents

El batle-president de l'Ajuntament d'Inca (Illes Balears), adreça un escrit de consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de las Illes Balears del tenor següent:

“L'Ajuntament d'Inca mitjançant procediment obert i concurs va procedir a l'adjudicació de les obres de reforma del pavelló nº 4 del quarter General Luque a l'UTE formada per l'entitat Minería i Contratas de Mallorca, SL i a l'entitat Comercial e Instaladora Balears, SA (COIBSA).

En data de registre d'entrada de 21 de juliol de 2004, es va presentar escrit signat per ambdues entitats contractistes i membres de l'UTE, en el qual exposen que l'entitat Minería y Contratas de Mallorca, SL, renúncia al contracte administratiu en qüestió per la impossibilitat tècnica i econòmica de continuar el contracte, i es proposa la seva cessió a l'entitat COIBSA als efectes de poder continuar les obres i evitar perjudicis a l'Ajuntament d'Inca.

La cessió del contracte, i d'acord amb l'informe jurídic emès pel Lletrat Assessor municipal que s'adjunta, no suposaria cap problema amb el compliment del que disposa l'article 114 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, no obstant i el fet que s'hagin iniciat diferents procediments judicials executius contra l'entitat Minería y Contratas, SL, es considera que pot ésser una limitació a la cessió de contracte, atès que s'han de garantir els drets dels creditors. En conseqüència, SOL·LICIT, a l'empara de la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre en relació als articles 15,16 i 17 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació, informe sobre la qüestió següent:

- *La possibilitat que l'Ajuntament d'Inca autoritzi la cessió del contracte administratiu d'obres consistent en la reforma del pavelló núm. 4 del quarter General Luque a l'entitat COIBSA (membre de l'UTE), tenint en compte la situació jurídica en que es troba l'entitat cedent Minería y*

Contratas, SL, com a conseqüència de l'inici de diferents procediments judicials executius contra la seva persona.

Per tot això, i previ els tràmits legals, us deman, que s'emeti amb la major brevetat per la Junta Consultiva informe sobre la qüestió plantejada”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Qui planteja la sol·licitud d'informe (el batle d'Inca), està legitimada per fer-ho conforme al que preveu la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació d'aquesta comunitat autònoma, i pot fer-ho en els mateixos termes i condicions regulats en els articles 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta i 15,16 i 17 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.
2. L'escrit del batle és acompanyat del preceptiu informe jurídic sobre la qüestió plantejada, emès pel lletrat assessor municipal.

Per tant es compleixen els requisits d'admissibilitat de la petició de l'informe.

Consideracions jurídiques

Primera. La resposta a la consulta plantejada s'ha d'examinar sota una doble vessant, en primer lloc constatar la possibilitat legal de la cessió del contracte per a seguidament, entrar a estudiar aquesta possibilitat a la vista de determinades situacions jurídiques en las quals si troba un dels integrants de l'UTE adjudicatària del contracte la cessió del qual es pretén.

La possibilitat de cessió del contracte de reforma del Pavelló núm. 4 del Quartell General Luque d'Inca, adjudicat per l'Ajuntament d'Inca a l'UTE integrada per l'entitat Minería y Contratas de Mallorca SL, i la societat Comercial e Instaladora SA, seria teòricament possible previ compliment dels requisits establerts a l'art. 114 de la LCAP, es ha dir, que l'Ajuntament autoritzi prèviament la cessió; que el contracte s'hagi

executat al menys en un 20 per cent del seu import; i que el cessionari tingui capacitat suficient per contractar.

No obstant l'anterior, de l'examen del punt 2 de l'article en qüestió podria plantejar una incògnita, a l'establir textualment:

“Per a que els adjudicataris puguin cedir els seus drets i obligacions a tercers ha de complir els requisits següents...”

Doncs bé, la qüestió és determinar si el contracte d'obres que ens ocupa pot cedir-se per aplicació de l'art. 114.2 de la LCAP, a una empresa que forma part de l'UTE adjudicatària del contracte. Reuneix la condició de “tercer” un soci d'una societat?. Un membre d'una UTE?. La resposta no està en determinar la qualitat del soci d'una UTE. El cert és, que sí la llei autoritza a cedir un contracte a favor d'un tercer, a més abundor és possible la cessió del contracte a un soci d'una UTE adjudicatària d'aquest contracte, i això perquè l'Administració ha conegut al cessionari, aquest, en qualitat de soci, ha optat al concurs i ha estat adjudicatari del mateix, és a dir, si l'Administració pot cedir un contracte a un tercer, en més motiu i raó podrà cedir-lo a un soci de l'entitat adjudicatària del contracte, ja que parlem en tot moment de personalitats jurídiques diferents.

Per consegüent, si es compleixen els requisits de l'art. 114.2 de la LVAP, el soci d'una UTE adjudicatària d'un contracte administratiu, en aquest cas d'obres, podrà ser cessionari d'aquest contracte.

Amb independència de tot lo dit, entrant en la segona vessant de la qüestió plantejada, la resolució de la qüestió relativa a la garantia dels drets que puguin assistir als creditors d'un dels membres de l'UTE com obstacle o limitació a la possible cessió del contracte a ell, entra de ple en el terreny del dret civil i mercantil, per la qual cosa, d'acord amb els art. 1 i 2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, no es trobaria entre les funcions i competències d'aquesta Junta. No obstant, i amb caràcter de reflexió jurídica-pràctica, i amb l'esperit d'assessorar a l'Ajuntament d'Inca en la solució més ràpida i eficaç per a finalitzar les obres objecte del contracte, la cessió del qual es pretén, es formulen una sèrie de reflexions que, en cap cas, formaran part de la conclusió d'aquest informe, per no ser el

seu contingut de competència d'aquesta Junta, al sortir en certa mesura de l'esfera de la contractació pública.

Segona. Sobre la base del plantejament anterior, sí és possible que l'ajuntament consultant pugui assolir el fi públic propi de la seva actuació, mitjançant altre figura oferta per la legislació de contractes.

En efecte: La clàusula 68 del Plec de clàusules generals per a la contractació d'obres de l'Estat, aprovat pel Decret 3854/1970, de 31 de desembre, i plenament vigent per a les obres de les administracions públiques, assenyala que *“quan alguna de les empreses que fan part d'una agrupació temporal quedi compresa en alguna de las circumstàncies previstes en els números 4,5 y 6 de l'article 157 del Reglament general de contractació, l'Administració estarà facultada per exigir l'estricta compliment de les obligacions pendents del contracte a les restants empreses que formen l'agrupació temporal o per acordar-ne la resolució”*.

Atès que el Reglament abans esmentat fou derogat per la disposició derogatòria única, 2. del RD 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de l'LCAP, la referència de l'esmentada clàusula als núm. 4, 5 i 6 de l'article 157 del derogat Reglament, s'ha d'entendre feta als apartats a) i b) de l'article 111 de l'LCAP, que és als que es refereixen els derogats i atès que no existeix altre menció d'això en el Reglament vigent que pugui substituir aquells 2 números.

A partir de dia 1 de setembre de 2004, data en què ha entrat en vigor la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal, aquest article 111.b) de l'LCAP diu així:

“La declaració de concurs o la declaració d'insolvència en qualsevol altre procediment”.

D'aquesta manera la clàusula 68 del plec de clàusules generals per a la contractació d'obres de l'Estat, tindria aquest contingut;

- Quan algunes de les empreses que fan part d'una agrupació temporal quedi compresa en alguna de les circumstàncies previstes en els apartats a) i b) de l'article 111 de l'LCAP (l'extinció de

la personalitat jurídica de la societat contractista o la declaració de concurs o la declaració d'insolvència en qualsevol altre procediment), l'Administració estarà facultada per exigir l'estricta compliment de les obligacions pendents del contracte a les restants empreses que formen l'agrupació temporal o per acordar-ne la resolució.

Ara bé, la situació de fet, objecte de la consulta, no contempla l'existència d'una declaració de concurs o la declaració d'insolvència. El fet és la falta de pagament a determinats creditors per part d'un dels integrants de l'UTE adjudicatària, falta de pagament reconegut judicialment, l'execució de la qual s'exigeix, i com mesura "preventiva" es decreta l'embargament dels bens i drets del deutor. Doncs bé, això no suposa i no és una causa de resolució del contracte de las que preveu l'art. 111 de la LCAP. Tampoc existeix previsió com causa de limitació a la cessió d'un contracte en la que l'adjudicatari, una UTE, cedeix a un tercer, en aquest cas un membre de l'UTE, l'execució del contracte, i en la que un del seus membres té varies ordres judicials d'impagats.

Potser, el legislador, al redactar la clàusula 68 del Plec de clàusules generals aprovat pel Decret 3854/1970, de 31 de desembre, el que perseguia era la protecció de l'interès pública que no és altre que bon fi de l'objecte del contracte, la finalització de l'obra amb la màxima celeritat i eficàcia, evitant la resolució del contracte amb totes les conseqüències que això comporta, en preu, temps, etc.

Si el legislador, en declaracions d'insolvència, autoritza la continuïtat del contracte a les altres empreses que formen part de l'UTE de la qual forma part l'insolvent, amb més raó no s'ha de tenir en compte quan parlem de cessió, la situació econòmica dels membres que la integren, si no la situació econòmica i financera del cessionari i el bon fi del contracte. Cosa distinta és que l'Ajuntament contractant faci retenció de les certificacions d'obra executades per l'UTE fins a la data dels embargaments i això en garantia dels creditors demandants, temàtica que queda totalment fora de l'àmbit competencial de la Junta.

Conclusió

1. És possible en el aquest cas i en els termes i condicions plantejats pel consultant, que l'UTE (adjudicatària del contracte) cedeixi l'execució del contracte a un dels membres de la mateixa, sempre. Que es donin els requisits de l'article 114,2 de la Llei de contractes de les administracions públiques
2. L'Ajuntament consultant, amb les circumstàncies i en les condicions referides, està facultat per exigir l'estricta compliment de les obligacions pendents del contracte a l'altre empresa coadjudicatària membre de l'UTE.

Informe 2/04, de 30 de setembre de 2004

Aplicació de l'1 per cent cultural en la contractació i finançament compartit.

Antecedents

La secretària general de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, sol·licita informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, el contingut del qual és el següent:

“Dia 12 de març de 2004, es va signar el Conveni de Col·laboració entre el Ministeri de Foment i el Govern de les Illes Balears en matèria de carreteres.

Segons aquesta conveni, el finançament de les obres que inclou anirà a càrrec del Ministeri de Foment, i la licitació, contractació i pagament de les obres correspon al Ministeri de Foment, excepte en els casos prevists a la clàusula cinquena.

La clàusula cinquena del conveni preveu l'encomana de les activitats relatives a la licitació, contractació i pagament d'algunes obres, a l'Administració de la comunitat Autònoma de les Illes Balears. També estableix que el secretari d'estat d'infraestructures pot autoritzar l'encomana de gestió d'altres obres.

L'article 80.1 de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears, estableix que en el pressupost de qualsevol obra pública, superior a 50 milions de pessetes, finançada totalment o parcialment pel Govern de les Illes Balears, s'inclourà una partida d'import igual o superior a l'u per cent dels fons aportats que es destinarà a la conservació, la protecció i l'enriquiment del patrimoni històric o al foment de la creativitat artística.

Atès que la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, ha licitat nombroses obres previstes al conveni en base a l'encomana de gestió, s'ha plantejat si era necessari o no incloure-hi l'u per cent cultural.

Per tot això, us deman que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa emeti informe sobre si la comunitat autònoma de les Illes Balears ha de fer la reserva de crèdit per l'u per cent cultural a les obres que licita en virtut

de l'encomana de gestió, o bé si aquesta obligació correspon al Ministeri de Foment.

Us tramet, adjunts l'informe jurídic sobre aquesta qüestió i el Conveni de Col·laboració entre el Ministeri de Foment i el Govern de les Illes Balears en matèria de carreteres”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La petició d'informe la fa la secretària general de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports de la comunitat autònoma, la qual està legitimada per a fer-ho, conformement amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i dels registres de contractes i de contractistes de la CAIB i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, del 25 del mateix mes i any).
2. A la sol·licitud s'adjunta un informe jurídic sobre la qüestió plantejada, emès pel Servei Jurídic de l'esmentada Conselleria, amb la qual cosa es compleix l'exigència de l'apartat 3 de l'article 16 del citat Reglament.
3. Amb la documentació aportada n'hi ha prou per poder emetre l'informe sol·licitat, ja que hi concorren, en conseqüència, tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. En l'escrit de consulta s'exposa l'existència d'un conveni de col·laboració entre el Ministeri de Foment i el Govern de les Illes Balears en matèria de carreteres.

En el qual es menciona que aquest Conveni conté un encàrrec de gestió que fa el Ministeri a l'Administració de la CAIB per a la licitació, contractació i pagament d'algunes obres objecte del Conveni.

D'altra banda, la clàusula cinquena del Conveni disposa que *“les incidències en el desenvolupament de les obres, la licitació, contractació i direcció de les quals hagin estat encomanades a aquesta comunitat autònoma, que impliquen modificació del projecte i alteren el pressupost d'adjudicació inicial, seran finançades per aquesta”*.

Si entenem que aquest finançament es refereixi a les obres que impliquen modificació del projecte i alteració del pressupost d'adjudicació, ens trobaríem davant el cas d'un finançament parcial d'algunes obres.

Segona. A l'efecte de determinar l'obligatorietat o no de la CAIB, de fer una reserva de crèdit per a l'1% cultural de les obres que licita en virtut de l'encàrrec de gestió, ens hauríem de remetre al contingut de l'article 80 de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, de patrimoni històric de les Illes Balears, que disposa que *“..en el pressupost de qualsevol obra pública, superior a cinquanta milions de pessetes, finançada totalment o parcial pel Govern de les Illes Balears...., s'hi ha d'incloure una partida d'import igual o superior a l'1% dels fons aportats per lesentitats....”*.

Evidentment, la conversió de les pessetes a euros, en el present cas, motiva que el pressupost superi amb escreix la quantia anteriorment expressada.

Tercera. No queda ja, doncs, sinó fixar la condició de la cofinançament del Govern de la CAIB en el cas que ens ocupa. La conclusió és que, si en aplicació de l'esmentada clàusula cinquena del Conveni de col·laboració es dona el cas d'haver de finançar aquelles obres de les relacionades en aquesta clàusula, conforme a les condiciones que s'hi contenen, com que supera el pressupost de licitació d'aquestes, l'Administració de la CAIB hauria d'habilitar la reserva esmentada en la consideració anterior, de la part obligada a finançar.

S'ha de tenir en compte a més a més que l'article 80 de la Llei de patrimoni històric de la CAIB, no entra en el discerniment de la condició o títol en virtut del qual l'Administració de la CAIB ha de finançar parcialment les obres públiques.

Conclusió

En el supòsit que es donin les condicions pactades en el Conveni de col·laboració entre el Ministeri de Foment i el Govern de les Illes Balears en matèria de carreteres de 12 de març de 2004, respecte a la obligatorietat d'aquest de finançar determinades obres a què el Conveni fa referència, si el pressupost de les obres supera els 300.516,89€, ha d'incloure en el seu pressupost la partida a què es refereix l'article 80 de la Llei de patrimoni històric de les Illes Balears, amb l'abast ja determinat en informes anteriors de la Junta.

Informe 3/04, de 30 de setembre de 2004

Informe relatiu al procediment que cal seguir en l'aprovació d'actes posteriors a l'adjudicació del contracte amb referència a l'autorització prèvia prevista en l'article 2.7 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, modificat pel Decret 39/2004, de 23 d'abril, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Antecedents

“Tal i com disposa l'article 2.7 del Decret 147/2000, de 10 de novembre sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, es necessita autorització del Consell de Govern per celebrar contractes l'import del quals sigui superior a determinades quanties.

Al respecte, l'esmentat article, titulat “Òrgans de contractació”, en el seu apartat 7 diu el següent:

7. No obstant l'anterior, l'òrgan de contractació necessitarà l'autorització del Consell de Govern en el supòsits següents:

- a) Amb caràcter general, quan el pressupost del contracte sigui superior a 500.000,00€ o la quantia que fixi la Llei de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears a efectes d'autorització prèvia del Consell de Govern per autorització i disposició de despesa.*
- b) Per aquells contractes, el pressuposts dels quals s'hagi d'imputar al pressupost de despeses del Servei de Salut de les Illes Balears, quan en el pressupost del contracte sigui superior a 2.000.000,00€ o la quantia que fixi la Llei de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears a efectes d'autorització prèvia del Consell de Govern per autorització i disposició de despesa.*

Resulta evident, segons la norma legal descrita que tot expedient a adjudicar, el pressupost del qual sigui superior a les quanties abans esmentades, requereix la prèvia autorització del Consell de Govern.

En canvi no resulta tan clar, a judici d'aquesta Intervenció, les actuacions a seguir, i principalment si s'ha de sol·licitar l'autorització o no per aprovar actes

diferents i posteriors a l'adjudicació com és ara pròrrogues, modificacions del contracte,..etc. quan l'import d'aquestes no superi els llindars esmentats.

Amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i de l'article 15.1 del seu reglament d'organització i funcionament, es sol·licita informe sobre les qüestions que a continuació es plantegen:

- 1- L'article 2.7, a) i b) del Decret 147/2000, sobre contractació administrativa de la comunitat autònoma, es refereix tansols a celebració de contractes que excedeixin de determinada quantia sense que aquesta autorització sigui exigible per modificacions del contracte, o per al contrari resulta necessària l'autorització per a la modificació quan l'import d'aquests, aïllada o conjuntament, superi els llindars d'aquests article?.*
- 2- En quan a les pròrrogues de contractes tant en el sentit que comprèn l'ampliació de les prestacions inherents al contracte com en el sentit de mera variació del termini concedit per al seu compliment, resultaria necessària l'autorització del Consell de Govern, prèvia a l'aprovació d'aquestes pròrrogues si aquest contracte va ser inicialment autoritzat per aquests òrgan?.*
- 3- Respecte a la resolució del contracte signat, en aquells casos en el quals intervingui la voluntat de les parts i per tant no es tracti de supòsits de resolució per imperatiu legal, ¿cal sol·licitar autorització al Consell de Govern abans de resoldre el contracte?.*

En cas de conclusió negativa dels apartats anterior, en ordre a la no necessitat d'autorització per actes posteriors a l'adjudicació del contracte, ¿quin és l'abast que ha de tenir l'autorització prèvia prevista en l'article 2 del Decret 157/2000, i per tant quins són els extrems que com a mínim hauria de contenir el corresponent acord de Consell de Govern?.

S'acompanya informe dels serveis jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'art. 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva."

Pressupòsits d'admissibilitat

Encara que, l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat pel Acord de Consell de Govern de la CAIB, de 10 d'octubre de 1997, legitima entre altres, a l'interventor general per a sol·licitar informes de la Junta, és obvi que aquesta legitimació pot fer-se extensiva al viceinterventor general, càrrec que es troba en el segon lloc de la jerarquia funcional. Atès que en l'escrit de consulta s'adjunta d'un informe jurídic i la documentació que s'annexa es considera suficient per a l'emissió d'aquest informe, es compleixen així amb els requisits exigits per l'art.16 del Reglament esmentat, amb la concurrència dels pressupòsits d'admisibilidad de la petició.

Consideracions jurídiques

Primera. Planteja el viceinterventor general de la CAIB, una consulta en relació amb l'autorització prèvia del Consell de Govern, prevista en l'art. 4 del Decret 39/2004, de 23 d'abril, que modifica el D.147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació d'aquesta comunitat autònoma.

No obstant això, atès que el consultant fa derivar de la qüestió base una sèrie de preguntes, les conclusions d'aquest informe revestiran la forma de resposta a cadascuna.

Segona. Seguin un examen lògic dels dubtes suscitats, en primer lloc cal determinar els termes de l'autorització prèvia del Consell de Govern de la CAIB, respecte dels supòsits prevists en l'art. 2, del D. 39/2004, pel que fa al camp d'extensió de la seva exigència.

Fent una anàlisi acurada de l'article, es desprèn que, en els supòsits d'aplicació de l'autorització prèvia mencionada, com són els compresos en els apartats 1,7,8,9 i10, les referències dins l'àmbit de la contractació que s'hi fan, únicament són fetes al contracte i no al que podríem denominar les seves "incidències", com poden ser les modificacions, les pròrrogues, la resolució, etc.

En efecte: L'apartat 1 faculta els titulars de les conselleries de la CAIB, en tant que òrgans de contractació, a "...subscriure contractes en l'àmbit de la seva competència".

L'apartat 7, tan en el subapartat a) com en el b), fa referència al "... pressupost del contracte..."

Tal com preveu la legislació aplicable en la matèria de contractes, l'aprovació i disposició de les despeses, a que es refereix el supòsit d'aquest apartat, correspon a l'òrgan de contractació. Es a dir, en aquest apartat es tracta de l'exigència d'una autorització prèvia del Consell de Govern, necessària perquè aquell, pugui aprovar la despesa i disposar-ne.

En definitiva, l'aprovació i disposició de la despesa és competència de l'òrgan de contractació, qui la duu a terme una vegada tramitat correctament l'expedient de contractació amb la concurrència dels requisits legals. El que succeeix, i així ho ha volgut el legislador, és que l'autorització del Consell de Govern de la CAIB, com que és relativa al contracte (amb la qual culmina l'expedient) s'ha de fer prèviament a l'aprovació de l'expedient, que correspon a l'òrgan de contractació.

Altre cosa indicaria que el Consell de Govern es convertiria en òrgan de contractació i no simplement en òrgan de fiscalització que és la condició que li atribueix el D. 39/2004, (vegeu que, tan el D. 147/2000, com el que el modifica, no esmenten ja al Consell de Govern com a òrgan de contractació).

En efecte; en informe anterior d'aquesta Junta Consultiva (12/00, de 30 de novembre de 2000), es deia que el Decret esmentat derogava i substituïa a l'anterior decret regulador de la contractació de la CAIB, el qual configurava el Consell de Govern com a òrgan de contractació en els contractes de determinada quantia, mentre que, tenint en compte el D. 147/2000, (i encara més el D. 39/2004 que el modifica), se'n limita la participació a atorgar l'autorització prèvia tan citada.

A l'apartat núm. 8 de l'article 2 que comentem, fa remissió a l'anterior, respecte de les empreses públiques de l'Administració de la CAIB.

L'apartat 9, fa referència a “la... autorització prevista en els apartats 7 i 8...”

A més a més, aquest supòsit núm. 9 afirma de forma taxativa que l'aprovació de l'expedient de contractació (i, això amb independència de la quantia del pressupost del contracte) correspondria, en tot cas, a l'òrgan de contractació.

Tercera. En consonància amb tot el que s'ha dit fins ara (entrant així ja en l'examen de les qüestions derivades del dubte relatiu a l'abast de l'obligatorietat de l'existència de l'autorització prèvia del Consell de Govern), el fet de considerar que altres actuacions diferents de l'aprovació i disposició de les despeses del contracte, quan en raó de la quantia sigui exigible l'autorització prèvia, requereixin també autorització, suposaria un llast important per a l'activitat de l'òrgan de contractació i, si no una negació, sí una gran limitació al principi d'autonomia que en presideix l'existència.

Dins l'àmbit de competència de l'Administració de l'Estat, tan sols quan el Consell de Ministres autoritzi la formalització de determinat contracte en raó de la seva quantia pressupostària, n'haurà d'autoritzar així mateix la modificació només si aquesta és causa de resolució, i haurà també, en tal cas, d'autoritzar la resolució mateixa. No obstant el que s'ha dit abans, això no és d'aplicació a l'àmbit d'actuació de la nostra comunitat autònoma, ja que, d'acord amb la disposició addicional final primera de la LCAP, l'art. 12 no té caràcter bàsic i, a més a més, la comunitat ja ha regulat sobre la matèria en l'article 27 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, i només es parla d'autorització prèvia del Consell de Govern a la subscripció del contracte, no fen cap referència a altres supòsits que impliquen autorització i disposició de la despesa.

Quarta. El parer d'aquesta Junta Consultiva és que els supòsits d'autorització prèvia del Consell de Govern han de ser explicitats, (i, per tant, consideram que es troben taxats) a fi de, precisament, preservar la competència i autonomia d'actuació dels òrgans contractants, cosa que, entenem, succeeix en la vigent normativa autonòmica sobre contractació (D. 39/2004), per la qual cosa aquella no seria procedent fora de aquests supòsits, com podrien ser la modificació o resolució

del contracte, excepte que, en l'autorització, se n'hagi fet reserva d'ampliació.

Si dubtem, de l'àmbit d'aplicació de la norma, de l'article 2.7 del Decreto 147/2999, de 10 de novembre, de quins són els llocs en que cal sol·licitar l'autorització prèvia del Consell de Govern, haurem d'acudir a la norma sobre interpretació de les normes jurídiques regulades en l'art. 3.1 del Codi Civil i conseqüentment...*”atendre al sentit propi de les paraules en relació amb el contracte, els antecedents històrics i legislatius...”*

En resumen, com sosté la doctrina i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (informe 52/97), el sistema d'autoritzacions en matèria de contractes, (com tota restricció a l'autonomia contractual dels òrgans de contractació), s'ha de interpretar amb criteris estrictes i, en conseqüència, admetre la necessitat d'autorització només en els casos expressament establerts en la legislació la qual actualment, es refereix tan sols a la celebració de contractes que superin determinada quantia. Per a modificar, prorrogar o resoldre el contracte, per exemple, no és exigible l'autorització prèvia que ens ocupa, atès que no es tracte d'un nou contracte, sinó d'incidències o derivacions d'aquest. Tot el que s'ha dit sense perjudici que per aquestes “incidències” del contracte, es respecti el règim jurídic aplicable, però que, en cap cas, es refereixi a la necessitat de l'autorització. Una altra cosa és la voluntat de l'autoritzant (aquí, el Consell de Govern) que, en l'àmbit de la seva competència, pot fer us de discrecionalitat al respecte.

En conseqüència, una vegada que el Consell de Govern hagi autoritzat la tramitació de l'expedient de contractació quan correspongui, no caldrà que l'expedient retorni a aquest òrgan en cap moment després de ser tramitat, llevat que així ho indiqui o requereixi el propi Consell, mitjançant l'advocació total o parcial de l'expedient.

Aquest parer de la Junta ja s'exposà a l'informe 12/00, de 30 de novembre de 2000.

Conclusió

1. Perquè pugui exigir-se l'obtenció, per part de l'òrgan de contractació, de l'autorització prèvia del Consell de Govern per el cas de modificacions del contracte, si l'import (aïlladament o conjuntament) supera els límits de les quanties pressupostàries de l'article 2.7,a) i b) del D. 39/2004, de 23 d'abril, ha d'haver-se previst així expressament en el precepte legal.
2. Val aquí el que s'ha dit en el paràgraf anterior respecte de las pròrrogues de contractes, quan per a l'aprovació i disposició de despeses del contracte, es va requerir autorització prèvia del Consell de Govern.
3. En els casos de resolució del contracte competència de l'òrgan de contractació, no és preceptiva l'autorització prèvia del Consell de Govern, tret dels supòsits legals en què sigui possible l'advocació.
4. L'abast mínim de l'autorització del Consell de Govern és en relació amb la subscripció del contracte a causa de quantia pressupostaria d'aquest i dels efectes de l'aprovació i disposició de despeses de l'expedient de contractació, que correspon a l'òrgan de contractació, amb independència que, per voluntat del mateix autoritzant, aquest abast s'estengui als augments de la quantia per les raons que siguin, circumstàncies a explicitar, si n'és cas, en l'autorització.

Informe 4/04, de 28 d'octubre de 2004

Informe aclaridor del contingut del 2/2004, de 30 de setembre, en relació a l'aplicació de l'1% cultural en la contractació i el finançament compartit.

Antecedents

La Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, en la sessió de dia 30 de setembre de 2004, aprovà l'informe 2/04, sobre l'aplicació de l'1 per cent cultural en la contractació i finançament compartit. Aquest informe es va emetre a sol·licitud de la Conselleria de Obres Públiques, Habitatge i Transports del Govern de les Illes Balears.

En data 14 d'octubre de 2004, la secretaria general de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports, sol·licita un informe aclaridor sobre l'informe 2/04, de 30 de setembre, ja que considerava que la conclusió de l'informe tenia aspectes difusos en relació amb el que s'hi considerava.

Pressupòsits d'admissibilitat

És la primera vegada que es planteja davant d'aquesta Junta Consultiva una petició aclaridora de la conclusió d'un informe emès. Per això i tenint en compte que la norma no estableix res sobre aquest tema, cal ajustar-se a la interpretació analògica de la legislació, que regula el fet concret de l'emissió d'informes per tal de poder concloure d'aquesta manera, la possibilitat legal d'aquest acte aclaridor, i la competència de l'òrgan per a dictar-lo.

La norma que regula l'emissió d'informes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, és definida en l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer i en el capítol VIII de seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.

Del contingut dels preceptes indicats es pot concloure que:

És possible la sol·licitud d'un informe aclaridor d'un altre informe dictat per la mateixa Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

2. La legitimació activa per sol·licitar l'aclariment la té el secretari general de la conselleria que sol·licita, en aquest cas, l'informe.
3. L'aclariment del contingut d'un informe, en cap moment no pot suposar la desviació dels criteris que s'hi mantenen, sinó que ha d'aclarir els punts que siguin mals d'interpretar o que produeixin confusió a l'òrgan que l'hagi sol·licitat. Atesa aquesta afirmació, s'ha d'aplicar a aquest acte aclaridor, el contingut del punt 3er de l'article 17 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta abans esmentat el qual, quan es refereix a la tramitació dels informes de la Junta, diu:

“Si a l'assumpte sobre el qual es sol·licita informe de la Junta li son aplicables criteris mantinguts de manera reiterada en dictàmens elaborats abans, l'informe pot ser emès pel president de la Comissió Permanent a proposta del secretari, sense necessitat de ser sotmès a la consideració de l'òrgan col·legiat... ”.

Doncs bé, l'elaboració d'un informe aclaridor d'un altre, emesos ambdós per la Junta, molt bé podria assimilar-se a l'emissió d'un informe que utilitzi criteris d'informes anteriors que li són aplicables.

L'acte aclaridor d'un informe, com és lògic, no ha de canviar els criteris utilitzats en l'informe que s'aclareix, sinó que ha d'intentar fer una redacció més definitiva i aclaridora de la que figura en l'informe que cal aclarir. En conclusió, l'informe aclaridor pot ser emès pel president de la Comissió Permanent de la Junta a proposta del secretari.

4. Per aquest supòsit no cal aportar l'informe jurídic preceptiu.

Informe aclaridor

Primer a la primera. La primera consideració jurídica es refereix a l'existència d'un conveni de col·laboració entre el Ministeri de Foment i el Govern de les Illes Balears, en matèria de carreteres, el qual fa una

mençió especial a la clàusula quinta, en la qual s'estipula que en el cas de variacions o incidències que suposin modificació del pressupost d'adjudicació de les obres contractades, aquestes han de ser finançades per la comunitat autònoma. Si es dóna aquest supòsit ens trobam amb un cas de finançament compartit.

Segon a la segona. Aquesta transcriu el contingut de l'article 80 de la Llei de patrimoni històric de les Illes Balears 12/1998, de 21 de desembre, per tal d'aplicar-lo en el supòsit que hi hagi finançament compartit en virtut de l'encàrrec de gestió dimanant del Conveni de carreteres abans assenyalat.

Tercer a la tercera. Conclou aquesta consideració el fet que, en aplicació de l'article 80 abans indicat, si com a conseqüència de la variació del pressupost d'adjudicació d'un contracte del Conveni amb el Ministeri de Foment, la comunitat autònoma es veu obligada a finançar aquesta variació, ha d'habilitar dins els seus pressuposts una partida igual o superior a l'1 per cent dels fons necessaris per fer front a un finançament major de l'obra.

A la conclusió. En el supòsit de finançament compartit derivat del Conveni de carreteres subscrit entre la comunitat autònoma i el Ministeri de Foment, la comunitat autònoma ha d'habilitar en els seus pressuposts una partida per import igual o superior a l'1 per cent de l'import total del finançament, això sempre que es tracti d'obres amb un pressupost total de execució superior a 300.506,05 €.

Informe 5/04, de 28 d'octubre de 2004

Proposició econòmica. Omissió de la signatura en l'oferta econòmica.

Antecedents

El secretari general de la conselleria de Medi Ambient formula una consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, que es concreta a saber si aquesta Junta considera que l'omissió de la signatura en una proposició econòmica s'ha d'entendre com un motiu pel qual no es pot admetre.

Pressupòsits d'admissibilitat

La sol·licitud és plantejada per qui té competència para fer-ho, d'acord amb l'art. 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24, de 25-02-1997) de creació de la Junta Consultiva i l'art. 16 de l'Acord de Consell de Govern sobre reglament d'organització i funcionament de la Junta (BOCAIB núm.133 de 25-10-1997).

Consideracions jurídiques

Primera. La pregunta plantejada consisteix a saber si la Junta considera motiu d'exclusió d'una proposició econòmica, que se n'hagi omès la firma.

Segons l'informe del Cap del Servei de Gestió Econòmica de la Conselleria de Medi Ambient, cal centrar la qüestió en l'acte d'obertura de les proposicions econòmiques, es a dir, l'obertura del sobre núm. 2 signat pels licitadors.

En haver obert aquest sobre, se n'extrau l'oferta econòmica que coincideix, (la cap de Servei no indica el contrari), amb el model del plec i no té, (s'ha de suposar que compleix els requisits degudament), cap mena d'error en el seu contingut, excepte en l'apartat de la firma dels representants del titular que es troba en blanc.

Segona. L'art. 84 del reglament de la Llei de contractes de les administracions públiques, indica amb claredat els requisits que

determinen quan la Mesa de contractació ha de rebutjar una proposició econòmica, que són:

- Quan la proposició no guarda concordança amb la documentació examinada i admesa en la primera fase d'obertura dels sobres que contenen la documentació a què es refereix l'art. 79.2 de la LCAP.
- Quan la proposició excedeix el pressupost base de licitació.
- Quan la proposició varia substancialment el model establert.
- Quan la proposició comporta error manifest en l'import d'aquesta o hi ha reconeixement per part del licitador de que peca d'error o inconsistència que la faci inviable.

Doncs bé, en el supòsit de la consulta no es dona cap dels supòsits abans esmentats i que comportarien el rebuig de la proposició. Tot això partint de la base que el sobre esta signat con cal i que coincideix amb el model aprovat en els plecs de clàusules administratives.

Tercera. Tot i que es cert, d'altre banda, que el plec de clàusules administratives particulars en el número 15, punt 2, estableix el requisit de la signatura de les ofertes, en realitat, el fet d'ometre-la no ha de crear dubtes, a la mesa de contractació sobre el contingut de la manifestació de la voluntat dels licitadores. L'oferta malgrat no estar firmada, s'extreu del sobre núm. 2 el qual compleix tots els requisits i està firmat pels ofertants tal com ho exigeix l'art. 80 del RLCAP que estableix que la documentació s'ha de presentar dins sobres tancats i identificats, amb indicació de la licitació a la què concorren i firmada pels licitadors.

És cert que la LCAP, en l'art. 79.1 i del Reglament en l'art. 80, diuen que les proposicions s'han d'ajustar al model que figuri en el plec de clàusules administratives particulars. No obstant això l'omissió involuntària de la firma en la proposició, no suposa una modificació del model aprovat pel plec de clàusules administratives, el qual conserva íntegrament l'estructura aprovada sense cap modificació.

Cal interpretar la normativa que regula la contractació administrativa com tota norma jurídica, tenint present els principis que la inspiren i la seva finalitat, el seu context i antecedents històrics, tal com indica l'art. 3 del Codi Civil. Tenint en compte això, els principis actuals que inspiren

les contractacions públiques (d'igualtat de tracte, no discriminació i transparència) no duen a afirmar que la activitat reglada en la presentació d'oferta econòmica es basa en la protecció dels seus principis d'equitat i no discriminació. Doncs bé, en cap moment es crea confusió en la oferta, que en conserva tots els elements.

Pel sols fet d'ometre la firma, no es pot rebutjar una proposició econòmica si està redactada segons el model aprovat en els plecs i que s'ha extret d'un sobre que sí és firmat pels licitadors proponentes i compleix els requisits degudament. En l'aplicació de la norma cal tenir en compte tot el seu context i no triar fets que considerats, aïlladament podrien conduir a una interpretació errònia. Tal com assenyala la sentència del Tribunal Suprem de 22 de juny de 1972, una interpretació literal restrictiva, com seria el cas de no admetre l'oferta econòmica per falta de la firma dels ofertants, però de contingut perfecte, aniria en contra del principi de concurrència. Una interpretació gramatical, en la tasca exegètica, podria anar en contra de la finalitat a què la norma apunta.

La finalitat de la norma que examinam és la protecció de l'interès públic, és que el contingut de la declaració de voluntat en l'elecció de l'oferta econòmica dels licitadors no cregui dubtes a la mesa de contractació i conseqüentment produeixi una elecció errònia de perjudicis no sols per als no adjudicataris sinó per a la mateixa administració contractant.

El que pretén la norma que examinam és que l'oferta sigui certa i no condueixi a equívocs posteriors, cosa que suposaria anar en contra de l'interès públic de la norma com ja s'ha apuntat. La presentació d'una oferta sense firmar extreta del sobre firmat per els ofertants legítims i que aquests a més a més en l'acte d'obertura de les proposicions en ratifiquin com bo el contingut, tal com indica l'informe de la cap de contractació, ha de ser suficient per acceptar-la com vàlida. En cas contrari seria un acte de limitació de la concurrència dels licitadores amb el pretext d'una interpretació literal, fora de context, contra el sistema legal que regeix la contractació pública.

Conclusió

No hi ha cap supòsit de rebutjament de la proposició de l'art. 84 del RLCAP. L'omissió de la firma en l'oferta no crea cap dubte quan al contingut d'aquella. No existeix doncs, cap motiu, ni jurídic ni lògic, que pugui sustentar la conclusió, en aquest supòsit concret, de rebutjament de la proposició econòmica per ometre el tràmit de la firma de la mateixa. Ni d'error material, sinó d'oblit esmenable seria l'expressió que caldria utilitzar per a definir el fet del qual emetem informe.

Informe 6/04, de 18 de novembre de 2004

Incompatibilitat de regidors per a contractar amb l'Administració.

Antecedents

El batle de l'Ajuntament de Sant Lluís (Illes Balears) presenta a aquesta Junta un escrit de petició d'informe del tenor següent:

“L'Ajuntament de Sant Lluís ha portat a terme, al llarg de l'any 2003, un concurs per a la venda de parcel·les de propietat municipal situades al Polígon Industrial de Sant Lluís.

En aquest procediment es presenta l'entitat Gabriel Pons i Fills, SL, qui resulta adjudicatària d'una parcel·la. La totalitat dels accionistes, així com l'administradora d'aqueixa societat, guarden relació familiar amb la primera tinent d'alcalde d'aquest Ajuntament, la Sra. Carme Pons Vilallonga.

De l'escriptura de constitució es desprèn, així mateix, que la Sra. Carme Pons Vilallonga i el seu espòs, el Sr. Gabriel Pons Florit, actuen en representació dels seus fills menors d'edat i en exercici de la pàtria potestat que actualment hi exerceixen.

Atès tot el que s'ha indicat i atesa la documentació que s'adjunta, aquest Ajuntament sol·licita d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'emissió d'un informe sobre les possibles causes d'incompatibilitat en la contractació i en la decisió sobre l'adjudicació de la parcel·la del polígon, atesa la relació familiar amb un membre de la corporació (primera tinent d'alcalde).

Pressupòsits d'admissibilitat

L'article 12 del decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, així com la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, de contractació de la CAIB, inclouen els alcaldes dels ajuntaments del seu àmbit territorial entre les persones que poden sol·licitar informes a la Junta.

D'altra banda, la consulta compleix també el que preveu l'art. 16.3 del Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, ja que en l'escrit del batle s'adjunta el pertinent informe jurídic.

Consideracions jurídiques

Primera. La disposició derogatòria única de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (LCAP) va derogar, expressament, el Reglament de contractació de les corporacions locals, aprovat pel Decret de 9 de gener de 1953.

Per tant, en matèria d'incompatibilitats per contractar amb l'Administració, els càrrecs electes regulats en la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, s'ha d'aplicar des que entra en vigor, l'art. 20, i) de la LCAP.

Segona. Així, i en aquest ordre de coses, la doctrina de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda, respecte de la qüestió suscitada sobre incompatibilitat d'alcaldes i regidors per contractar amb els respectius ajuntaments, i que compartim, es resumeix en el següent:

Per remissió a l'art. 178 de l'esmentada Llei orgànica, existeix incompatibilitat d'alcaldes i regidors per als contractes el finançament dels quals, total o parcial, vagi a càrrec de la corporació municipal o d'establiments que en depenguin.

Tercera. Respecte del supòsit objecte d'aquest informe, de l'examen de la lletra "c" de l'article 20 de la LCAP podem deduir el següent:

La incompatibilitat, si de cas, afectaria la regidora objecte de consulta en dos supòsits:

- a) Si l'empresa amb la qual va contractar l'Ajuntament hagués estat una persona física el titular de la qual fos la regidora, o el seu cònjuge (o, si n'és el cas, una persona vinculada a ella amb

relació de convivència afectiva anàloga), o un descendent, i que la regidora n'ostentàs la representació legal.

- b) Si l'empresa amb la qual va contractar l'Ajuntament hagués estat una persona jurídica i un dels seus administradors fos la regidora, el seu cònjuge (o, si n'és el cas, una persona vinculada a ella amb relació de convivència afectiva anàloga) o un descendent, sobre el qual la regidora ostentàs la representació legal.

Quarta. En el supòsit que ens ocupa, la relació familiar existent entre la regidora de l'Ajuntament de Sant Lluís (Illes Balears) i l'empresa Gabriel Pons i Fills, SL és la següent:

- 1) És el cònjuge del soci majoritari (no administrador) d'una persona jurídica.
- 2) És la mare de l'administradora única d'una persona jurídica, sobre la qual no ostenta cap representació legal.
- 3) És la mare de quatre socis (no administradors) d'una persona jurídica, de tres dels quals ostenta la seva representació legal.

Tal com es pot comprovar, per tant, en cap dels tres casos es donen els requisits exigits per l'art. 20,i) de la LCAP per a incórrer la regidora en prohibició de contractar.

I és que, tot i que per als membres del Govern de la nació i dels alts càrrecs de l'Administració de l'Estat, la Llei 12/1995, d'11 de maig, prohibeix a aquests, que per si o juntament amb el seu cònjuge i fills, participacions superiors a un 10% en les empreses que tenguin concerts o contractes amb el sector públic estatal, autonòmic o local (la comunitat autònoma de les Illes Balears ha dictat normes sobre incompatibilitat dels seus alts càrrecs, en concret la Llei 2/1996, de 10 de novembre, en termes similars a la de l'Estat), cal establir que, ni una ni una altra són aplicables, ni tan sols supletòriament, als càrrecs electes locals que queden sotmesos, per tant, només a la Llei orgànica del règim electoral general, que en el seu article 178 estableix que la condició de regidor és incompatible amb la de contractista o subcontractista de contractes el finançament dels quals sigui a càrrec de la corporació municipal.

La LOREG només preveu la incompatibilitat del membre electe de la corporació local, i deixa de banda el supòsit d'incompatibilitat per ocupar el càrrec d'administrador de la societat contractant, o el supòsit del cònjuge i el dels descendents no emancipats. No obstant tot el que s'ha dit abans, hem d'interpretar la situació plantejada en el sentit que la LCAP va més enllà de la LOREG i afegeix a l'àmbit de la prohibició de contractar la incompatibilitat per al cònjuge i descendents subjectes a pàtria potestat.

No obstant això, ni l'una ni l'altra, estableixen com a prohibició de contractar d'un regidor per tenir un percentatge determinat de participació accionarial en les societats contractistes. En aquest cas que ens ocupa, el 100% de les accions estan en mans del cònjuge de la regidora i dels seus fills, fet que no podem considerar com a causa d'incompatibilitat per a contractar amb l'Administració local.

Cinquena. Respecte de la segona qüestió plantejada pel consultant (participació en l'adjudicació de la parcel·la del polígon, atenent a la relació familiar de l'adjudicatària amb un membre de la Corporació) cal dir, tal com ho fa l'informe de la Secretaria de l'Ajuntament, que l'art. 76 de la Llei reguladora de les bases del règim local estableix que, sense perjudici de les causes d'incompatibilitat establertes per la Llei, els membres de les corporacions locals han d'abstenir-se de participar en la deliberació, votació, decisions, i execució de tot assumpte quan concorri alguna de les causes a què es refereix la legislació de procediment administratiu.

La disposició addicional setena de la LCAP, estableix que cal aplicar supletòriament els procediments en matèria de contractació administrativa els preceptes de la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJAP).

En relació amb això, l'apartat 1 de l'art. 28 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre (que és la citada en l'expressada disposició addicional de la LCAP), disposa que les autoritats i personal al servei de les administracions en què es donin algunes de les circumstàncies assenyalades en el nombre següent d'aquest article, s'han d'abstenir d'intervenir en el procediment

i ho han de comunicar al superior immediat, qui ha de resoldre el que sigui més convenient.

I el següent apartat del precepte assenyala els motius d'abstenció:

- «a) Tenir interès personal en l'assumpte de què es tracti...
- b) Tenir parentiu de consanguinitat dintre del quart grau o d'afinitat dintre del segon, amb qualsevol dels interessats, amb els administradors d'entitats o societats interessades i també... que intervinguin en el procediment.»

Conclusió

1. No existeixen causes d'incompatibilitat en la contractació de l'Ajuntament de Sant Lluís (Illes Balears) amb l'empresa Gabriel Pons i Fills, SL, respecte de la regidora Carme Pons Vilallonga.
2. Respecte de l'adjudicació del contracte a la citada empresa la regidora ha d'abstenir-se d'intervenir en el procediment i comunicar-ho al batle de l'Ajuntament perquè resolgui el que sigui més convenient. No obstant això, la seva participació no suposa, necessàriament, la invalidesa dels actes en què hagi participat la regidora.

Informe 7/04, de 18 de novembre de 2004

Lloc de presentació de documents en licitació. Acreditació de solvència econòmica i financera i tècnica o professional.

Antecedents

El secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, sol·licita informe d'aquesta Junta Consultiva, en escrit de data 26 d'octubre de 2004, que diu així:

“D’acord amb l’art.16 de l’Acord de 10 d’octubre de 1997, pel qual s’aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d’informe relatiu a l’admissió o exclusió de l’empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ELEAL, SL, en relació amb el contracte administratiu de servei de neteja a l’Institut d’Estudis Secundaris de Balàfia a Eivissa.

En data 18 d’octubre de 2004, a la Mesa de contractació que va tenir lloc a la Conselleria d'Educació i Cultura, es va plantejar el dubte sobre l’admissió o exclusió de l’empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ELEAL, SL, en primer lloc perquè no va presentar els documents dins el termini i en la forma escaient. En segon lloc, i en el cas d’admissió, una vegada obert el sobre que conté la documentació general i atès que no presenta cap de les dues solvències requerides al plec de clàusules administratives es torna a plantejar la seva exclusió.

Per tot això es demana informe sobre el següent:

- *La presentació de documents per part de l’empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ELEAL, SL, a la Delegació Territorial d'Educació a Eivissa i Formentera i no al lloc indicat expressament al plec de clàusules administratives particulars.*
- *L’empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ELEAL, SL, no presenta la documentació requerida al plec de clàusules administratives particulars en relació amb la solvència econòmica i financera i solvència tècnica i maquinària utilitzada als diferents serveis de neteja.*

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa abans esmentat, s'adjunta informe realitzat per la unitat administrativa de contractació de la Conselleria d'Educació i Cultura.

Així mateix, s'adjunta còpia dels plecs de clàusules administratives d'aquest contracte, així com document presentat per l'empresa LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTOS ELEAL, SL, on consta el registre de la Delegació Territorial d'Educació a Eivissa i Formentera”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Atès que la petició d'informe la formula el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura, està legitimat per fer-ho d'acord amb els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.
2. En aquesta sol·licitud s'adjunta l'informe jurídic conforme al que preveu l'apartat 3 de l'article 16 de l'esmentat Reglament.
3. La documentació aportada és suficient per a l'emissió de l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

Primera. Respecte de la primera de les qüestions sobre la qual se sol·licita informe, que és la relativa al lloc de presentació de la documentació corresponent a la proposició de l'empresa licitadora Limpiezas y Mantenimiento Eleal, SL, s'ha de dir el següent:

El plec de clàusules administratives particulars, així com l'anunci de la present licitació indicaven que el lloc de presentació de les ofertes havia de ser la unitat administrativa de contractació de la Conselleria d'Educació i Cultura, al carrer del Capità Salom, 29, 3r, de Palma.

No obstant això, l'empresa esmentada presentà la proposició a la Delegació Territorial d'Educació d'Eivissa i Formentera.

És per això que la Mesa de contractació dubtà si per tal circumstància, l'empresa interessada incorria o no en causa d'exclusió de la licitació.

Respecte d'això cal dir que, tot i que és cert que tant el plec de clàusules administratives particulars –que inclou els pactes i condicions definidores dels drets i obligacions que assumiran les parts del contracte, segons preceptua l'article 49.1 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RDLEG 2/2000, de 16 de juny i, en aplicació del que es preveu en l'art. 67.1 i 2, del Reglament general de la Llei, aprovat pel RD 1098, de 12 d'octubre– com l'anunci de la licitació indicaven on havia de ser el lloc de presentació de les ofertes, no menys cert és que la disposició addicional setena de la LCAP disposa que, supletòriament, els procediments en matèria de contractació administrativa s'han de regir per la Llei de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJAP) (Llei 30/1992, de 26 de novembre).

Segona. En efecte: atès que els principis de concurrència i no-discriminació consagrats en l'exposició de motius i després específicament en l'art. 11 de la LCAP, aconsellen el manteniment d'un criteri ampli d'interpretació i de seguretat jurídica a favor dels licitadors, així com de no restricció dels drets dels ciutadans (tal com sosté l'informe jurídic que acompanya la petició d'aquest), la interpretació correcta, segons el nostre parer, és la LRJAP en aquest cas facilita als ciutadans l'exercici d'un dret concret en la matèria que ens ocupa com és el d'ampliar els llocs de presentació de documents en general.

Així, l'exposició de motius raona i fonamenta la facultat que els ciutadans puguin presentar sol·licituds i escrits que s'adrecin a les administracions públiques en els registres de qualsevol òrgan administratiu que faci part de l'Administració general de l'Estat o de qualsevol administració de les comunitats autònomes, al marge de les restants possibilitats ja establertes o que se estableixen.

En aquest sentit, l'art. 38.4.b) de la mateixa LRJAP estableix que tal presentació pot fer-se en els registres de qualsevol òrgan administratiu, que faci part de l'Administració general de l'Estat a més a més d'altres administracions. En aquest cas, la documentació es presenta en un registre de la mateixa Conselleria, però en domicili distint com és la Delegació Territorial a Eivissa.

Es pot doncs, concloure al respecte que l'empresa licitadora va exercir un dret reconegut legalment i per això no pot ser exclosa de la licitació.

Tercera. En relació amb la segona de les qüestions sotmesa a informe pel peticionari (no presentació per part de la mateixa empresa licitadora de la documentació requerida en el plec de clàusules administratives particulars en relació amb la solvència econòmica i financera i la solvència tècnica), s'ha de tenir en compte el següent:

En el plec es conté, respecte del contingut de les ofertes dels licitadors, una doble exigència:

- a) Informe d'institucions financeres (com a mitjà d'acreditació de la solvència econòmica i financera).
- b) Relació dels principals serveis realitzats en els tres darrers anys, que inclouen imports, dates i beneficiaris públics o privats dels serveis (com a mitjà per a acreditar la solvència tècnica).

No obstant això, dels antecedents que aquesta Junta coneix resulta que l'empresa només presenta un document en què fa llista del personal de neteja i maquinària utilitzada en els diferents serveis de neteja, d'altra banda no requerit en el plec.

Quarta. Per dilucidar la qüestió de l'admissió o exclusió de la licitació del present cas de l'empresa ofertant, hem d'analitzar el grau de compliment respecte d'aquesta, dels requisits legals d'admissió a la contractació.

Així, l'article 15.1 de la LCAP disposa que “poden contractar amb l'Administració les persones... que acreditin la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional...”.

En relació amb això, l'apartat 3 d'aquest mateix article determina que “en els casos en què sigui necessari justificar la solvència econòmica, financera, tècnica o professional, els òrgans de contractació han de precisar en l'anunci els criteris de selecció en funció dels mitjans d'acreditació que s'hagin d'utilitzar d'entre els esmentats en els articles 16 a 19”.

L'òrgan de contractació del servei objecte d'aquest informe, com s'ha vist abans, va considerar que les empreses havien de justificar les solvències (econòmica i financera i tècnica o professional) i entre els mitjans legals d'acreditació, indicà que admetria (respecte de la primera) l'informe d'institucions financeres, (contingut en l'art. 16.a) de la LCAP) i per a la tècnica o professional, relació dels principals serveis realitzats en els darrers tres anys per l'empresa (prevista en l'art. 19.b) de la LCAP).

En conseqüència, com que l'empresa Limpiezas y Mantenimientos Eleal, SL no ha acreditat la seva solvència econòmica i financera ni la tècnica o professional, d'acord amb l'art. 15 de la LCAP, no estava capacitada per a contractar amb l'Administració, i en aplicació de l'art. 81 del RLCAP, se li va atorgar el termini per a l'esmena del defecte d'omissió de presentació de la documentació que n'acreditava la solvència tècnica i econòmica.

Cinquena. La circumstància que la Mesa de contractació d'aquesta licitació hagi considerat la no-acreditació de la solvència de l'empresa en moment procedimental oportú, com a defecte esmenable, s'adequa al contingut de l'art. 81 del RLCAP, el qual admet la possibilitat d'esmenar els defectes en la documentació aportada.

Cosa distinta és que, encara que després d'haver-se atorgat a l'empresa en qüestió un termini per esmenar la documentació presentada per acreditar la capacitat econòmica i tècnica, persisteix la falta de presentació de tots els mitjans requerits per acreditar la solvència en el Plec de l'expedient de contractació, cosa que obligaria la Mesa a proposar a l'òrgan de contractació l'exclusió de la proposta.

Conclusió

1. La presentació de documents per part de l'empresa licitadora a la seu de la Delegació Territorial d'Educació d'Eivissa i Formentera (lloc distint del consignat en el plec de clàusules administratives particulars de la present contractació) no és causa d'exclusió de la licitació.
2. La no-presentació per part de la mateixa empresa de la documentació requerida en el plec de clàusules administratives particulars per acreditar la solvència (econòmica i financera i tècnica o professional) és causa d'exclusió de la licitació presentada.

Informe 8/04, de 18 de novembre de 2004

Proposició econòmica. Supòsits d'admissibilitat de les causes de rebuig de l'article 84 del RTRLCAPC.

Antecedents

La secretària de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació planteja a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa un informe el contingut del qual és el següent:

“D’acord amb l’article 16 de l’Acord de 10 d’octubre de 1997 pel qual s’aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d’informe relatiu a l’admissió o exclusió de l’empresa Aguiló Moyá, en relació amb l’expedient de contractació de consultoria i assistència per realitzar el Pla d’auditories 2005.

En data 27 d’octubre de 2004, a la Mesa de contractació que va tenir lloc a la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació es va plantejar el dubte sobre l’admissió o exclusió de l’empresa Aguiló Moyá per incongruències en les quantitats expressades a l’oferta econòmica atès que no coincideixen les quantitats en lletres i en xifres, i en cas d’admissió de l’empresa, sobre la interpretació de la quantia que s’ha de considerar correcta.

Així mateix, l’oferta econòmica no s’ajusta al model establert als plecs de prescripcions.

Per tot això, es demana informació sobre el següent:

- *La quantia que s’ha de considerar correcta si hi ha una incongruència entre l’expressada en lletres i en xifres.*
- *Si s’ha de rebutjar la proposta i s’ha d’excloure l’empresa Aguiló Moyá, per les raons establertes en l’article 84 del Decret 1098/2001, de 12 d’octubre, pel qual s’aprova el reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques.*

D’acord amb el que es disposa en l’article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, abans esmentat, s’adjunta informe realitzat pels serveis jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació.

Així mateix, s'adjunta còpia de l'oferta econòmica de l'empresa on consten les discrepàncies i la memòria descriptiva que forma part de la proposta tècnica.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La petició d'informe la fa la secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació de la comunitat autònoma, la qual està legitimada per a fer-ho, conformement amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i dels registres de contractes i de contractistes de la CAIB i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, del 25 del mateix mes i any).
2. A la sol·licitud s'adjunta un informe jurídic sobre la qüestió plantejada, emès pel Servei Jurídic de l'esmentada Conselleria, amb la qual cosa es compleix l'exigència de l'apartat 3 de l'article 16 de l'esmentat Reglament.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat, ja que hi concorren, en conseqüència, tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. La consulta plantejada té un doble vessant, que tot i que no prioritza les respostes, s'han de plantejar i resoldre inversament. Primer, cal dilucidar si pot acceptar-se la proposició i, en cas afirmatiu, en segon lloc determinar quina de les dues quantitats de la proposició és la correcta.

Segona. Les qüestions que es plantegen cal centrar-les en la proposició econòmica presentada la validesa de la qual es qüestiona. Per tant, en aquesta resposta es deixa de banda l'estudi de qualsevol altre element de l'expedient de contractació així com del procediment d'adjudicació del que dimana la proposició econòmica qüestionada, per no haver estat objecte d'aquesta consulta.

Tercera. Feta l'observació anterior i de l'anàlisi documental de la proposició econòmica, s'observen una sèrie d'elements a tenir en compte en el plantejament de la pregunta:

- En les ofertes econòmiques examinades no coincideix la valoració en nombres amb la realitzada en lletres, tot i que en el mateix document ofertant la suma del desglossament de preus parcials de la proposició i el total de la suma coincideixen amb l'oferta en nombres, i no coincideix aquesta amb l'oferta en lletres.
- S'exposa seguidament per la consultant que la proposició no s'ajusta al model establert en el plec de clàusules administratives particulars.

Quarta. Com ha mantingut aquesta Junta en consultes anteriors, el contingut de l'article 84 del Reglament de la Llei de contractes de les administracions públiques cal interpretar-lo, com tota norma jurídica, tenint present els principis que la inspiren i la finalitat d'aquesta, el seu context i antecedents històrics, tal com indica l'art. 3 del Codi civil. Sobre la base d'això, i tenint en compte els principis que inspiren les contractacions públiques (d'igualtat de tracte, no-discriminació i transparència) no duen a afirmar que l'activitat regulada en la presentació d'oferta econòmica es basa en la protecció dels principis d'equitat i no-discriminació.

El que s'ha pretès amb la redacció d'aquest article és que siguin rebutjades totes aquelles proposicions que siguin d'impossible lectura, que siguin inviables. Per tant tenim, en el supòsit que ens ocupa, que examinar l'abast dels defectes de la proposició en estudi quant a determinar-ne la viabilitat o inviabilitat.

Cinquena. Seguint l'estructura de l'informe jurídic de la Conselleria consultant, desglossarem l'article 84 del RLCAP, per a seguidament anar determinant el grau de dificultat per a poder acceptar la proposició pel que fa a cadascun dels defectes reconeguts per la mesa de contractació.

La mesa de contractació ha de rebutjar la proposta quan:

- a) No guardi concordança amb la documentació examinada i admesa. Tot i que la Conselleria no ha remès amb la consulta l'expedient complet de la contractació objecte d'aquesta; en no haver-hi cap observació per part de la mesa en relació amb alguna possible discordança entre la documentació prevista en l'art. 81 de la LCAP i l'exposada en la proposició econòmica que s'examina. S'ha d'arribar a la conclusió que aquesta possible causa de rebot de la proposició no ha esdevingut.
- b) Excedeix del pressupost base de licitació. Tampoc, amb l'excepció abans exposada, no es dona aquesta causa de rebuig.
- c) Variar substancialment el model establert. Tot i que aquesta causa no ha estat plantejada per la mesa, segons exposa l'informe jurídic, la veritat és que en l'escrit de sol·licitud d'aquesta consulta, la secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació fa manifestació expressa que la proposició no s'ajusta al model establert en el Plec de clàusules administratives particulars i, per tant, ha de ser tengut en compte per aquesta Junta en la resposta a la pregunta plantejada.

Examinats el model del plec i l'oferta presentada, s'ha d'afirmar la falta de coincidència de la proposició en conflicte amb el model del plec. No obstant aquesta realitat, la veritat és que la proposició encaixa exactament amb l'objecte del contracte detallant cadascun dels seus apartats (comptes a auditar i hores pertènica facturar amb els seus preus unitaris) seguint el sistema característic de les ofertes de les empreses auditors, i això és així encara més, observant les altres proposicions dels altres licitadors que apartant-se del model de la proposició del plec, fan plantejaments econòmics de manera similar a la proposició en qüestió.

El que succeeix és que l'Administració, en aquest cas, ha aprovat el plec "tipus" de clàusules administratives en que el model de proposició econòmica se circumscriu a establir el preu total ofert per a la prestació de l'objecte. El que ha pretès Aguiló Moyá amb la redacció donada en l'oferta és detallar l'origen del preu final, cosa que no fa sinó facilitar la tasca a la mesa en la selecció de l'oferta econòmica més convenient per a l'Administració, però salvaguardant l'interès públic que ha d'imperar en tota activitat administrativa.

Tenint en compte que el contingut de l'article que desglossam es troba comprès en el capítol IV de la LCAP "Adjudicació dels contractes", per punt en el tràmit de selecció de l'empresa contractista, el plantejament general, tant de les directives comunitàries en la matèria, com en la LCAP, és que aquella només pot produir-se mitjançant dues fases: la fase de selecció d'empreses solvents i adequades per a portar a terme l'objecte de la licitació i l'altra fase de seleccionar la millor oferta o proposició entre les empreses licitadores. No pot entrar en joc a l'hora de seleccionar l'empresa, es podria caure en l'abús de poder fer una interpretació restrictiva d'aquest apartat de l'article 84 del RLCAP i en conseqüència excloure de valoració una proposició econòmica molt avantatjosa o la més avantatjosa per a l'Administració pel fet que no coincideix amb el model de l'oferta del plec, sempre que, com és el cas, no es creuen dubtes quant al preu ofert i a l'acceptació per part del licitador proponent, portar a terme l'objecte del contracte a canvi d'aquell.

Amb tot això, s'ha de concloure que la no coincidència en la forma de presentar l'oferta amb el model de plec "tipus", no ha de conduir al rebuig d'aquesta per una interpretació restrictiva de la norma, sempre que es dedueixi amb claredat, de l'oferta que la proposició respon a tots i cadascun dels punts demandats per l'Administració en la descripció de l'objecte que es licita.

Conclusió

Es considerarà causa de rebot d'una proposició el fet que l'oferta realitzada en lletra i nombres no coincideixi. No obstant l'anterior, quan pugui deduir-se de l'oferta, sense cap dubte, quina de les dues quantitats és la correcta, podrà acceptar-se la proposició presentada.

Es considerarà causa d'exclusió d'una proposició econòmica la no coincidència entre la forma de presentació d'aquesta i la del plec de clàusules administratives. No obstant l'anterior, per a apreciar causa d'exclusió de l'oferta econòmica, la variació ha de ser substancial i que suposi impossibilitat de determinar el preu que s'hi ofereix, o impossibilitat d'apreciar el compromís de l'ofertant amb la realització de l'objecte del contracte, o acatament exprés als plecs de clàusules

administratives, tècniques i altres obligacions contractuals que puguin derivar-se de l'adjudicació del contracte a una proposició en la qual es dóna tal variació.

No obstant tot l'anterior, no es pot generalitzar ni aplicar les conclusions anteriors en tots els supòsits similars als plantejats en la consulta sinó que s'ha d'ajustar a l'estudi detallat de cadascuna de les situacions concretes que es plantegin de manera anàloga.

Any 2005

Informe 1/05, de 24 de febrer de 2005

Fundacions. Grau de subjecció al Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques. Naturalesa jurídica de la Fundació Illesport.

Antecedents

Per part de la secretària general de Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals de la CAIB, s'eleva consulta a aquesta Junta Consultiva amb petició de l'oportú informe, en escrit de data 1 de febrer de 2005, que diu així:

“En el marc d’una propera actuació conjunta entre les administracions públiques d’aquesta comunitat autònoma s’han d’emprendre obres l’import de les quals supera àmpliament els 6.242.029 €.

En aquest marc està prevista l’actuació amb caràcter de promotora de les obres, la Fundació per al suport i la promoció de l’esport balear, Illesport, fundació el patrimoni fundacional de la qual és públic – concretament de la comunitat autònoma de les Illes Balears i amb un Patronat integrat per membres del govern i de l’administració autonòmica.

L’objecte de la Fundació Illesport és la promoció d’esport d’alt nivell i, d’acord amb l’article 5 dels seus estatuts, el seu objecte social final és la promoció i desenvolupament de l’esport balear, individual o col·lectiu d’alt nivell, mitjançant la captació de recursos econòmics de tota classe, preferentment patrocini públics i privats que es destinaran al finançament de programes de suport als esportistes i equips d’alt nivell de les Balears.

També és objecte de la fundació la promoció de la imatge esportiva de les Illes Balears o dels seus esportistes mitjançant el corresponent contracte de patrocini esportiu o figures similars.

Des d’aquesta secretaria general i després d’haver analitzat la normativa contractual ens hem trobat amb el següent:

- *El Reial decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, en el qual s’aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques,*

estableix en els seus articles 1 i 2 l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes de contractació. De la interpretació literal d'aquests preceptes es dedueix que les fundacions no estan incloses en el supòsit d'aplicació de la Llei (és a dir, una fundació definida com entitat privada no és un organisme públic, no és una entitat de dret públic, ni tampoc una societat de dret privat)

- *Paral·lelament la Llei 50/2002, de fundacions i en concret el seu article 46,5 disposa que la contractació de les fundacions del sector públic estatal s'ajustarà als principis de publicitat, concurrència i objectivitat, excepció feta que la naturalesa de l'operació a realitzar sigui incompatible amb aquests principis; precepte que entenem aplicable a les fundacions de la comunitat autònoma amb caràcter supletori atesa la falta de normativa autonòmica sobre la matèria.*
- *Per altra banda, les directives comunitàries 92/50/CEE, 93/36/CEE i 93/37/CEE atorguen al concepte d'organisme de dret públic un caràcter funcional i per tant amb un abast superior a l'atribuït per la legislació estatal.*

Per això ha sorgit el dubte sobre el grau de subjecció de la fundacions i es sol·licita de la Junta el seu parer sobre:

- 1) *Grau de subjecció al TRLCPA per part de les fundacions quan la seva activitat estigui finançada majoritàriament per administracions públiques.*
 - *Aplicació únicament dels principis de publicitat, concurrència i objectivitat*
 - *Aplicació de les prescripcions de la Llei relatives a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació o formes d'aplicació quan se superin els límits establerts en l'article 2 del TRLCAP*
 - *Aplicació íntegra de la Llei de contractes*
- 2) *En el cas que s'hagi aplicar el concepte funcional d'organismes de dret públic predicat per les directives comunitàries, si la Fundació Illesport ha de considerar-se compresa en aquest concepte.*

S'acompanya informe jurídic preceptiu sobre la qüestió plantejada d'acord amb el que prescriu l'article 16.3 del Reglament d'organització i

funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears i Estatuts de la Fundació Illesport.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'informe es sol·licita per part de la secretària general de Vicepresidència –Conselleria de Relacions Institucionals, la qual està legitimada per a això en virtut del previst en l'article 12.1 del D. 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i en el 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.
2. A la sol·licitud s'acompanya un informe jurídic, complint-se així el que disposa l'article 16.3 d'aquest Reglament.
3. La documentació aportada és suficient per a poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

Primera. La primera part de la consulta té com base el dubte suscitat respecte del grau de subjecció al text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RD. Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, per part de les fundacions (sense concretar quina d'elles), quan la seva activitat estigui finançada majoritàriament per administracions públiques.

Doncs bé: Hi a que dir, referent a això, que per intentar concretar una resposta adequada a la consulta, cal analitzar (com ho fa l'informe jurídic que acompanya a la petició d'informe) els tres nivells reguladors de la matèria relativa a les fundacions (per concloure, aquell que sigui l'aplicable, en cas de discrepància entre ells i, finalment el grau de subjecció, si escau, a la LCAP donat per la norma a les fundacions) i que són els següents:

- 1) La Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions.
- 2) La LCAP i les seves normes de desenvolupament.

- 3) Les Directives comunitàries en matèria de contractació pública i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Segona. La comunitat autònoma no ha dur a terme, fins a la data, la promulgació d'una llei pròpia en matèria de fundacions, per la qual cosa, la norma d'aplicació més directa a les fundacions depenents de la CAIB, és la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de Fundacions.

Aquesta llei regula les denominades fundacions del sector públic estatal i entén com a tal a aquelles en les quals concorren algun dels següents requisits:

- a) Estar constituïdes amb una aportació majoritària, directa o indirecta de l'Administració General de l'Estat, dels seus organismes públics o altres entitats del sector públic estatal.
- b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència estigui format en més d'un 50% per béns o drets aportats o cedits per les entitats citades a l'apartat anterior.

A la vista de la falta d'una regulació específica sobre la subjecció o no de les fundacions a la normativa o els principis de la contractació pública, moltes fundacions del sector públic estatal, com bé apunta l'informe jurídic abans citat, van acordar subjectar la seva activitat al Dret privat, prescindint dels principis inspiradors d'aquesta contractació i únicament s'observaven si es disposava de l'obligació expressa en els seus Estatuts fundacionals; no obstant l'anterior, en l'actualitat, la Llei 50/2002, ha vingut a imposar-los independentment d'aquesta darrera circumstància.

Referent a això que ens ocupa, l'article 46 de l'esmentada Llei, disposa que les fundacions del sector públic estatal hauran de sotmetre la seva contractació als principis de publicitat, concurrència i objectivitat, tret que la naturalesa de l'operació a realitzar sigui incompatible amb aquests principis.

Com ja s'ha indicat anteriorment, al mancar la CAIB d'una legislació pròpia sobre la matèria, li són d'aplicació supletòriament, a les fundacions del seu àmbit competencial les normes de la abans dita Llei 50/2002.

Estaríem d'acord, doncs, que de l'examen de la legislació específica sobre fundacions es dedueix que les del sector públic hauran d'observar els principis de la contractació pública (publicitat, concurrència i objectivitat) sense que els sigui d'obligatòria l'observança dels preceptes de la LCAP.

Tercera. Per altre banda, la LCAP, en els seus articles 1 i 2 i disposició addicional sisena, determina l'àmbit d'aplicació subjectiva i conseqüentment, del seu estudi, es podrà determinar el grau de submissió a ella de les fundacions, entre altres entitats. Es donen els següents graus de submissió:

1. Les administracions públiques de l'article 1.2 de la LCAP., els Organismes autònoms en tot cas, i la resta d'entitats de dret públic en qui concorrin els requisits dels apartats a) i b) del número 3 d'aquest article estan plenament sotmeses a la Llei de contractes de les administracions públiques.
2. Les entitats de dret públic no compreses en l'àmbit definit a l'article 1 de la LCAP, o sigui, en les que hi falti algun dels requisits dels apartats a) o b) de l'article 1 de l'indicat cos legal i, les societats de dret privat creades per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil i en les quals, a més a més, concorri algun dels requisits de la lletra b) del punt 3 de l'article 1 de la LCAP, estaran sotmesos a la legislació de contractes de les administracions públiques quant a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació, sempre que la quantia dels contractes sigui igual o superior a 6.242.028 € pels d'obres, o a 249.681 € pels de subministraments, consultoria i assistència i serveis.
3. Per als contractes d'obres, subministrament, consultoria i assistència i serveis de quanties inferiors a les assenyalades en el punt anterior d'aquest informe, les entitats abans descrites hauran, exclusivament, d'ajustar la seva activitat contractual als principis de publicitat i concurrència tal com assenjala la disposició addicional sisena de la LCAP. No obstant aquesta afirmació, aquesta disposició solament parla de les societats a

les quals es refereix l'apartat 1 de l'article 2 de la LCAP, ometent, expressament o per error, a les entitats de dret públic de les quals parla en el mateix precepte legal, el que equivaldria afirmar que a aquelles no els és d'aplicació ni els principis de la contractació pública ni menys la normativa de contractes de les administracions públiques.

4. Societats de dret privat creades per a satisfer necessitats d'interès general de caràcter industrial o mercantil. A aquestes no els hi és d'aplicació la legislació de contractes de les administracions públiques ni els principis de la contractació pública, regint-se en tota la seva activitat contractual pel dret Mercantil o el Civil segons correspongui. No els hi és d'aplicació ni encara en el cas de que concorrin en elles tots els requisits de les lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1º de la LCAP.

Quarta. De l'examen jurídic de la norma contractual pública es desprèn amb claredat que l'element que determinarà el grau de submissió de les societats de dret privat creades per l'administració a la normativa de contractes de les administracions públiques serà la naturalesa de l'objecte social de les mateixes, així:

Si l'objecte social és industrial o mercantil l'activitat contractual de la societat estarà plena i exclusivament sotmesa al dret privat, i això fins i tot en el cas que aquella hagi estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general.

D'altra banda, si la societat ha estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general i no té un caràcter mercantil o industrial i no concorre cap dels requisits de la lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1 de la LCAP ajustaran la seva activitat contractual a les normes de dret privat.

Si la societat de dret privat ha estat creada per satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil i concorre en ella algun dels requisits de la lletra b) de l'apartat 3 de l'article 1 de la LCAP, la seva submissió a la normativa contractual de les administracions públiques

dependrà de l'import del contracte que s'estigui examinant a cada moment: si el contracte és d'obres i la seva quantia és igual o superior a 6.242.028 € o si és de subministrament, consultoria i assistència i serveis i la seva quantia és igual o superior a 249.681 €, l'activitat contractual quedarà subjecta a la prescripcions de la LCAP quant a capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació. En tots aquells contractes de quanties inferiors, l'activitat contractual de la societat es subjectarà únicament als principis de publicitat i concurrència.

En cap moment la LCAP fa referència a altres formes jurídiques d'entitats, ni públiques ni privades, com podrien ser les Cooperatives, o les pròpies Fundacions, per la qual cosa en una interpretació restrictiva caldria afirmar que el règim jurídic contractual de la fundacions públiques serà el que ve establert en els seus estatuts fundacionals i, amb caràcter general per a les fundacions públiques, en la Llei 50/2002, de 26 de desembre.

Cinquena. No obstant això, les Directives comunitàries europees en la matèria i una recent sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (13 de gener de 2005) han vingut a donar una nova visió legislativa i jurisprudencial sobre el tema.

Així, la pertinença d'Espanya a la Unió Europea ha exigít l'adequació de nostra legislació interna a l'ordenament jurídic comunitari, recollit, en matèria de contractació administrativa, en diverses Directives, aplicables precisament pel seu caràcter de Dret comunitari, a totes les Administracions Públiques. Són les Directives 93/36/CEE, 93/37/CEE, i la més recent 2004/18/CE, totes elles sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de diversos tipus de contractes públics.

En totes elles es manté el mateix concepte de “poders adjudicadores” identificant aquests amb l'Estat, els ens territorials, els organismes de Dret Públic i les associacions constituïdes per un o més d'aquests ens o d'aquests organismes de Dret públic. Seguidament, les Directives, defineixen el que s'ha d'entendre per “organisme de Dret públic”, dient que així serà considerat qualsevol organisme:

- “a) creat específicament per a satisfer necessitats d’interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.
- b) dotat de personalitat jurídica i;
- c) l’activitat de la qual estigui majoritàriament finançada per l’Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic, o bé la gestió del qual es trobi sotmesa a un control per part d’aquests últims, o bé els òrgans d’administració, de direcció o de vigilància estiguin composts per membres dels quals més de la meitat siguin nomenats per l’Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic.”

El Regne d’Espanya va procedir a l’adaptació de la LCAP (articles 1 i 2 i disposició addicional sisena abans estudiats) al contingut de les Directives de 1993 i en concret al concepte comunitari de poders adjudicadores.

Sisena. No obstant aquesta adaptació de la legislació espanyola a la normativa comunitària en matèria de contractació pública, una recent sentència, de 13 de gener de 2005, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, ha declarat que el Regne d’Espanya no ha adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern, en concret el TRLCAP, a l’haver exclòs de l’àmbit d’aplicació d’aquesta a les entitats de Dret privat que reuneixin els requisits recollits a l’article 1, lletra b) de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE abans descrites.

Manté el Tribunal de Justícia Europeu que el Regne d’Espanya ha optat per una interpretació literal del concepte d’organisme “de Dret públic” al considerar que les Directives no contemplen dintre del concepte a les societats mercantils sota control públic i distingeix entre el concepte d’organisme de Dret públic i el d’Empresa Pública la definició de la qual es correspon amb el de societat mercantil pública.

Segons el Tribunal, per a resoldre la qüestió de la qualificació d’una entitat de Dret privat com organisme de Dret públic, procedeix comprovar únicament si l’entitat de que es tracta compleix els tres requisits acumulatius enunciats a l’article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l’actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9.

Així, ha dictaminat el Tribunal europeu que per a ser considerat un organisme de dret públic, basta l'existència de tres requisits:

- 1) Que s'hagi creat per a satisfer específicament necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil.
- 2) Que tingui personalitat jurídica pròpia.
- 3) Que la seva activitat depengui estretament de l'Estat, ens territorials o altres entitats de dret públic.

La mateixa jurisprudència reitera la interpretació funcional del concepte "organisme públic", concloent que l'estatut de dret privat d'una entitat no constitueix un criteri d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de les Directives.

Setena. Nombroses sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea han mantingut que les Directives de la Unió Europea (19 gener 1982, 30 setembre 1988, 22 juny 1989), tenen efectes jurídics directes si no estan sotmeses a cap condició i són prou precises. Amb això es vol indicar que són d'aplicació directa al supòsit que ens ocupa i, en conseqüència, i vista la inexistència de normativa específica d'àmbit espanyol sobre la matèria, així com en la de la Comunitat autònoma i vista la plena vigència i aplicació de les Directives Comunitàries així com la jurisprudència aclaridora, amb independència de la denominació estatutària que vulgui donar-se a les fundacions, han de prevaler les Directives i estar-se en lo que elles disposen, afirmant que la qualificació d'una fundació com organisme de dret públic dependrà que en ella es donin els tres requisits acumulatius enunciats en l'article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l'actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9. En aquest cas, i referint-se a la legislació espanyola, els seria d'aplicació l'article 1, punt 3 de la LCAP, en quant a la celebració dels contractes que es refereixen els articles 7 i 8 d'aquesta darrera Directiva, s'ha d'estar en aquests supòsits per a calcular el valor estimat d'aquests contractes, al mètode fixat l'article 9 de la mateixa Directiva.

Conclusió

Respecte a les fundacions, en general, per a determinar el grau de subjecció de la seva activitat contractual a la LCAP, dependrà que en ella es donin els tres requisits acumulatius enunciats en l'article 1, lletra b), paràgraf segon, de les Directives 93/36/CEE i 93/37/CEE i en l'actualitat la Directiva 2004/18/CE article 1, punt 9. En aquest cas, i referint-se a la legislació espanyola, els seria d'aplicació l'article 1, punt 3 de la LCAP, en quant a la celebració dels contractes que es refereixen els articles 7 i 8 d'aquesta darrera Directiva, s'ha d'estar en aquests supòsits per a calcular el valor estimat d'aquests contractes, al mètode fixat l'article 9 de la mateixa Directiva.

Informe 2/05, de 24 de febrer de 2005

Documentació administrativa. Possibilitat d'utilitzar la mateixa documentació administrativa aportada en un procés d'adjudicació d'un contracte públic, per a la licitació d'un altre.

Antecedents

El secretari general de la Conselleria de Medi Ambient de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB) ha dirigit a aquesta Junta un escrit de petició d'informe, que diu:

“D’acord amb el disposat en l’article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, s’adjunta sol·licitud d’informe a instància del director gerent de l’IBANAT, de 12 de gener de 2005, s’acompanya d’informe previ dels Serveis Jurídics d’aquesta conselleria en relació a la possibilitat de fer servir la mateixa documentació administrativa aportada en la licitació d’un contracte per a la licitació d’un nou contracte”

Pressupòsits d’admissibilitat

1. L'autor de la petició d'informe és el secretari general de la conselleria de Medi Ambient, el qual està legitimat per fer-ho, d'acord amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa i dels Registres de Contractes i de Contractistes i 15.1 del seu reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord de Consell de Govern de la CAIB, de 10 d'octubre de 1997.
2. A aquesta petició, s'hi acompanya l'informe jurídic preceptiu contemplat en l'apartat 3 de l'article 16.3 de l'indicat reglament.
3. La documentació adjunta a la petició de l'informe és suficient, a parer d'aquesta Junta, per a poder emetre'l, ja que es reuneixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. En la sol·licitud de l'informe del secretari general de la Conselleria de Medi Ambient es planteja la qüestió de la validesa de l'ús d'una documentació administrativa presentada en una licitació d'un contracte per a fer-la valer en la licitació d'un nou contracte.

El supòsit de fet que ha provocat la qüestió és la presentació de la documentació administrativa per l'empresa Proyectos Paisajísticos de Baleares SL en la qual manifesta que aquella es troba íntegrament en possessió de l'Ibanat (Institut Balear de la Naturalesa) en el sobre de la documentació administrativa referent a una licitació anterior convocada per aquest Institut. Aquesta realitat va provocar la sol·licitud d'un informe jurídic als de la Conselleria de Medi Ambient, a la qual es troba adscrit l'Ibanat.

L'assessoria jurídica redacta un informe jurídic al final del qual el ponent proposa, amb bon criteri, que ateses les implicacions futures que pugui donar lloc l'informe jurídic que subscriu, aquest s'elevi a consulta de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears.

Segona. Atès l'anterior, la veritat és que la consulta es formula en termes generals i si els fets relatats serveixen per a situar millor la pregunta, la veritat és que no s'aporta la documentació que provoca l'informe pel la qual cosa la resposta ha de ser genèrica i per a tots els supòsits similars.

Tercera. D'acord amb el parer d'aquesta Junta Consultiva (ja constatat en l'informe 2/99, de 18 de febrer de 1999), a pesar que l'article 1.b). 1 de la Llei 3/1989, de 29 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques vinculades de la CAIB consideri a l'IBANAT, entre d'altres, com una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, sotmesa a la CAIB i que ha d'ajustar la activitat a l'ordenament jurídic privat, la veritat és que la mateixa normativa creadora de l'Institut i el mateix article 1.3 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RDLEG 2/2000, de 16 de juny, disposa que hi han d'ajustar l'activitat contractual les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia, vinculades o depenents de qualsevol de les administracions públiques, sempre que es donin els requisits que

estableix el propi article, cosa que succeeix en el present cas de manera òbvia.

Quarta. Conseqüència del que s’ha dit, seguint la prelación de normes aplicables a l’activitat contractual de l’Ibanat, segons la disposició addicional setena de la LCAP, que diu que *“els procediments en matèria de contractació administrativa s’han de regir pels preceptes continguts en aquesta Llei i en les seves normes de desenvolupament...”* Solament en cas de falta de regulació de la matèria, en aquestes normes, conforme a aquesta disposició addicional, entraria en joc, supletòriament, la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), com apunta l’informe jurídic acompanyat a l’escrit de petició d’informe.

Cinquena. Segons el parer d’aquesta Junta Consultiva, s’estima correcte, amb matisacions, el discurs raonat sobre aquest punt contingut en el citat informe al·legant que la documentació ja es troba en poder de l’administració i afirma que cal aplicar a aquest supòsit la LRJAP, ja que es dona per fet que ni en la LCAP ni en la seva normativa de desenvolupament, existeix cap referència al supòsit de la documentació ja presentada amb anterioritat a que es contreu la consulta.

Diversos són els punts que s’han d’examinar a l’efecte de poder determinar la validesa i eficàcia, en un procediment contractual, de la remissió a un altre expedient de contractació pel que fa a la documentació administrativa que s’hi ha dipositat. En aquest sentit no s’ha de perdre de vista que la prelación de les fonts legislatives aplicables al cas anteposen la pròpia Llei de contractes de les administracions públiques a la Llei de règim jurídic i procediment administratiu comú. Això és important, per tant

Sisena. La identitat de l’administració davant la qual s’al·lega el dipòsit previ de la documentació administrativa ha de coincidir amb aquella davant la qual es varen dipositar prèviament els documents esmentats, i això és així per la pròpia redacció del punt f) de l’article 35 de la LRJPAC quan parla del dret: “A no presentar documents... que ja es trobin en poder de l’administració actuant.”

Setena. La forma de presentació i el contingut, exacte i literal, de l'escrit que comunica on es troben dipositats els documents en poder de l'administració actuant és d'especial interès el contingut regulat que estableix la LCAP en aquest aspecte. Així, l'article 79.2 de la LCAP i els articles 80 i següents del RGLCAP imposen una forma de presentació de la documentació relativa a les proposicions dels interessats, tant en els procediments oberts com en els restringits, així com en els negociats.

En efecte: En les dues primeres classes de procediments, d'acord amb que es disposa en l'article 80.1.2 i 5 del RGLCAP, la documentació per a licitacions, s'ha de presentar en sobres tancats, un del quals ha de contenir els documents a què es refereix l'article 79.2 de la LCAP (apartat 1 de l'article 80 del RGLCAP) i que són precisament els denominats de caràcter "administratiu", aquí objecte de consulta.

És a dir, és preceptiva la presentació d'un sobre tancat que contingui els indicats documents o l'escrit de remissió als ja dipositats, sense que sigui necessària substitució alternativa a aquesta forma de presentació d'ells.

Seguidament s'obliga a l'interessat (apartat 2, de l'article 80 del RGLCAP) que lliuri el sobre a les dependències o oficines expressades en l'anunci o enviat per correu tret que el plec autoritzi altre procediment.

És a dir, que el legislador preveu la possibilitat que existeixin fins a tres formes de presentar el sobre amb la documentació que aquí interessa (això sí, sempre en un sobre tancat), però cap altra. S'ha d'observar que només deixa al criteri de l'empresa licitadora la possibilitat de enviar el sobre per correu, però cap altra.

Queda molt clara doncs la intenció del legislador de salvaguardar la seguretat, la reserva i fins al secret de la documentació continguda en els sobres de les licitacions dels procediments de licitació.

Quant al contingut de l'escrit, aquest ha d'expressar amb tota claredat, i sense cap mena de dubte, en quina data es varen presentar, en quin expedient es troba dipositada la documentació administrativa la

presentació de la qual es vol donar per lliurada i a quina es refereix, de les declarades obligatòries segons l'article 79.2 de la LCAP.

Vuitena. La vigència de la documentació dipositada. En l'àmbit de la contractació administrativa no pot tenir-se en compte la legislació que utilitza, per analogia, l'informe jurídic que acompanya a la consulta (Reial decret 1778/1994, de 5 d'agost d'adequació a la Llei 30/1992 de les normes reguladores dels procediments d'atorgament, modificació i extinció d'autoritzacions de l'Administració central de l'estat), ateses les especials característiques de la documentació que manegem referent a personalitat i capacitat per a contractar amb l'administració pública. Diu dit informe que, per analogia, seria d'aplicació al cas l'article 2n del Reial decret indicat que estableix un termini de vigència de la documentació dipositada de cinc anys com a màxim. La documentació que pretengui fer valer el licitador ha d'estar plenament en vigor segons els terminis de vigència i les característiques de cada document dipositat i que exigeix hagin de figurar en el sobre de la documentació administrativa l'article 79.2 de la LCAP, i és que en aquesta matèria s'ha d'adoptar una interpretació restrictiva de la norma amb la finalitat de salvaguardar els principis que inspiren la contractació administrativa i, en certa manera, la voluntat del legislador a l'incloure en la LCAP la disposició addicional quinzena en la qual s'autoritza als òrgans de contractació a crear els registres de contractistes i estableix, en l'apartat segon, que la conseqüència de la inscripció eximirà de presentar en cada licitació concreta els documents acreditatius referents a la personalitat, capacitat d'obrar i si escau representació de l'empresa inscrita.

Conclusió

Cal aplicar als procediments de contractació administrativa el contingut de la lletra f) de l'article 35 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre de Règim jurídic de les administracions públiques i procediment administratiu comú, en el sentit que els licitadors en un procediment, en general, tenen dret a no presentar i, en conseqüència, a fer valer, els documents administratius de l'article 79.3 de la LCAP que ja es trobin en poder de l'administració actuant, sempre que siguin accessibles i susceptibles de ser reclamats per l'òrgan de contractació i se'n faci la corresponent

remissió conforme a l'exposat en el cos d'aquest informe, sempre que aquests documents no es trobin caducats o hagin sofert modificacions que els invalidin, o que per la naturalesa, com és el cas de la fiança provisional, hagin de ser adjuntats, específicament i particularment, en cada cas, en el sobre de la documentació administrativa corresponent.

Informe 3/05, de 17 de març de 2005

Autorització excepcional i prèvia a convocatòria de concurs, per part del Consell de Govern de la CAIB, de contractació amb empreses no classificades en contractes de pressupost superior a 120.202,42 €.

Antecedents

El secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura demana un informe a aquesta Junta en un escrit que diu literalment:

“Per raons d'economia procedimental i per evitar que amb el canvi de procediment d'adjudicació, que exigeix en alguns contractes la classificació empresarial, pugui veure's afectat el servei de transport escolar, es fa necessari sol·licitar informe a la Junta Consultiva de Contractació, d'acord amb l'article 25.3 del Reial decret legislatiu 2/2000.

D'acord amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació i els articles 15 i 16 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997, pel qual s'aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d'informe relatiu a la possibilitat que del Consell de Govern autoritzi excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs, la contractació amb empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació pels cursos 2005-06 i 2006-07. Sense perjudici de poder premiar les empreses que estiguin classificades mitjançant la inclusió com un criteri objectiu més per l'adjudicació del concurs.

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa abans esmentat, s'adjunta informe elaborat per la Unitat Administrativa de Contractació de la Conselleria d'Educació i Cultura, de 25 de febrer de 2005, en la qual es justifica l'existència d'un interès públic.

Així doncs, s'adjunta còpia de l'informe emès per la Direcció General de Transports, de 23 de febrer de 2005”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Qui planteja la consulta i sol·licita informe de la Junta és el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura, que està legitimat per fer-ho conforme al previst en els articles 12.1 del D 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta i dels Registres de Contractes i de Contractistes i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.
2. En aquest escrit de consulta s'adjunta un informe jurídic, amb la qual cosa es compleix el requisit exigít per al cas, per l'article 16.3 de l'indicat Reglament.
3. La documentació que s'uneix als anteriors escrits és suficient per poder emetre el present informe.

Consideracions jurídiques

Primera. El sol·licitant de l'informe planteja en el seu escrit de petició una doble consulta:

- a) "Possibilitat que el Consell de Govern de la CAIB autoritzi, excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs, la contractació d'empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació per als cursos de 2005-06 i 2006-07.
- b) Atesa la possibilitat anterior, si es poden "premiar les empreses que estiguin classificades, mitjançant la inclusió, com un criteri objectiu més per a l'adjudicació del concurs".

Abans d'iniciar la resposta dels dubtes plantejats, convé matisar que l'exigència legal de classificació (continguda en l'article 25.1 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, LCAP, aprovat pel RDLEG 2/2000, de 16 de juny) és per a aquells empresaris que contractin amb les administracions públiques l'execució de contractes d'obres o de serveis als quals es refereix l'article 196.3 per pressupost no només superior, sinó igual a 120.202,42 €.

Segona. És, per tant, la regla general l'exigència de classificació de les empreses en els casos de l'article 25.1 de la LCAP. No obstant això el mateix precepte estableix una sèrie d'excepcions a aquesta obligatorietat, i ara es tracta aquí de dilucidar si, entre elles, existeix la que pugui aplicar-se al supòsit que ens ocupa.

Descartats els supòsits d'excepció d'aquesta exigència en relació amb diversos grups i subgrups de contractes (possibilitat esmentada en el mateix apartat de l'article que comentam), així com de l'excepció respecte dels empresaris no espanyols d'estats membres de la Comunitat Europea, inaplicables al cas plantejat, i deixant per a una consideració posterior l'excepció a l'exigència de classificació prevista en l'apartat 5, d'aquest article, no queda sinó analitzar el supòsit a què es refereix l'apartat 3, del mateix precepte, citat i al·legat tant en els antecedents com en l'escrit de consulta.

Tercera. Aquesta excepció consisteix en la possibilitat que el Consell de Govern de la CAIB, previ informe d'aquesta Junta Consultiva (que, pel que sembla, el consultant confon amb el present) autoritzi, en el nostre àmbit territorial, la contractació de persones que no estiguin classificades, quan així sigui convenient per als interessos públics.

Per tal de determinar la naturalesa i l'abast de l'excepció objecte de la consulta, cal establir prèviament les premisses de la mateixa exigència de classificació.

Del contingut de l'article 25.1 de la LCAP ("Per a contractar... serà requisit indispensable que l'empresari hagi obtingut prèviament la classificació corresponent) es desprèn amb claredat que l'exigència és per a poder contractar i, per tant, tal exigència és concorrent en el moment de la contractació, no per poder licitar, de manera que per això no entraria en joc l'autorització del Consell de Govern de la CAIB per a contractar persones que no estiguin classificades (ni ho és en general per a un grup de licitadors ni per a una empresa licitadora en particular) sinó per a l'empresa amb la qual l'Administració contractarà i per a aquest tràmit precís.

Quarta. Per altra banda, de la lletra de l'article 25.3, podria deduir-se que l'autorització excepcional per a contractar es refereix exclusivament a persones no classificades. Tanmateix, això no tendria sentit ja que si l'apartat 1 del mateix article exigeix la classificació a l'empresari, l'excepció, si escau, no pot sinó referir-se a aquest mateix i, d'altra banda, en la LCAP no es preveu ni exigeix la classificació de persones físiques no empresaris, per la qual cosa la referència no podria ser a aquesta última, sinó a empreses. Deduïm, doncs, que es tracta d'una expressió desafortunada utilitzada pel legislador.

Cinquena. Tal com s'ha comentat abans, aclarida l'exigència de la classificació, ara cal analitzar la naturalesa i l'abast de l'excepció de tal exigència.

Així, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda ha mantingut, abans de res, el caràcter excepcional de l'autorització de la contractació en el cas objecte d'aquest informe. Entre d'altres, l'informe 28/92, de 4 de desembre, diu que aquesta excepcionalitat queda demostrada per la circumstància de fer intervenir, per trencar l'exigència, ni més ni menys que el Consell de Ministres a l'Estat i a l'òrgan competent a les comunitats autònomes.

A més, particularment la Junta en aquest informe es mostra contrària que la dispensa de classificació s'estengui a totes les empreses que puguin concórrer a una licitació (i afegim nosaltres que, en cas contrari, a més de generalitzar-se, l'autorització seria, en realitat, per a licitar, no per a contractar, fet que vulnera, com s'ha vist, l'article 25.1 i 3 de la LCAP), la qual cosa impedeix fer l'examen concret, cas per cas, de les raons determinants de la no exigència de classificació (sense acreditar les circumstàncies que n'impedeixen o en dificulten l'obtenció) i de la capacitat de l'empresa per a executar el contracte.

Així mateix, en altres ocasions, la Junta de l'Estat emet un informe desfavorable sobre la substitució del requisit de classificació per aquesta autorització excepcional, en aquells casos en què es pretén una mera dispensa del requisit de classificació.

En definitiva, es tracta en tot cas d'una dispensa individual per a empreses determinades i no d'una dispensa general de classificació per a empreses licitadores d'un contracte, tal com s'ha subratllat abans, possibilitat que és, en realitat, el que se suggereix en la consulta.

La doctrina en general sosté que el supòsit que aquí es considera està previst per a casos d'impossibilitat o inconveniència d'obtenir la classificació corresponent. Això vol dir que qualsevol interpretació de l'article 25.3 de la LCAP ha de separar-se de la produïda en confirmar l'autorització del Consell de Govern, com una alternativa a la tramitació d'expedient de classificació, ja que amb això trencaria tot el sistema classificador, en establir una solució excepcional per a supòsits de tramitació normal d'expedients.

No obstant això, en realitat, el que es consulta en aquest cas és si el Consell de Govern de la CAIB pot autoritzar excepcionalment les empreses, en general, que no estiguin classificades, a licitar perquè, si escau i les que correspongui, puguin ser contractades després per l'Administració (aquí, la Conselleria d'Educació i Cultura).

Sisena. A la vista de la problemàtica plantejada en els antecedents de la consulta (sobretot en l'informe del director general d'Obres Públiques i Transports de la Conselleria d'Obres Públiques, Habitatge i Transports de la CAIB), respecte de la naturalesa i entitat de les empreses prestadores del servei de transport escolar, del servei mateix, així com de la seva relació amb les concessions del servei regular de transport de viatgers per carretera en el territori de les Illes Balears —problemàtica, com es pot comprovar, molt diferent de la que es planteja, si escau, per a poder argumentar la possibilitat de sol·licitar al Consell de Govern de la CAIB, l'autorització excepcional per a contractar amb empreses no classificades— cal apreciar que l'excepció a l'exigència de classificació no és la continguda en l'apartat 3 de l'article 25 de la LCAP i sí, en canvi, pot encaixar en el supòsit de l'apartat 5 del mateix precepte.

Setena. En efecte, el cas que planteja el consultant és el de concurrència a les licitacions de què es tracti, d'empreses no classificades (es constata en els antecedents que aquestes empreses es troben en aquesta situació per diverses raons), per la qual cosa sí que ens trobaríem davant

l'excepció de l'exigència de classificació de l'apartat 5, de l'article 25 de la LCAP que diu que, si havent tramitat un procediment d'adjudicació d'un contracte als quals es refereix l'apartat 1, del mateix article, no ha concorregut cap empresa classificada, l'òrgan de contractació pot excloure el requisit de classificació prèvia en el següent procediment que per a l'adjudicació del mateix contracte es convoqui, amb els requisits que el precepte exigeix.

S'ha de tenir present que una premissa fonamental per a l'exclusió en el subsegüent procediment de l'exigència de classificació, per part de l'òrgan de contractació, és que en el primer convocat no hi hagi concorregut cap empresa classificada.

És a dir, que atesa la quantia dels contractes, en un primer procediment s'ha d'exigir la classificació per a contractar i, en el cas de participació d'alguna empresa classificada que acrediti tal circumstància, decauria la possibilitat d'un segon procediment en les condicions de l'art. 25.5 de la LCAP.

Conclusió

1. No és possible que el Consell de Govern de la CAIB pugui autoritzar excepcionalment i amb anterioritat a la convocatòria del concurs la contractació d'empreses que no estiguin classificades, en aquells contractes deserveis de transport escolar que superin els 120.202,42 €, que surtin a licitació per als cursos 2005-06 i 2006-07.
2. Atesa la conclusió anterior, és inaplicable al cas la inclusió, com a criteri objectiu més per a l'adjudicació del concurs, el fet d'acreditar la classificació, per a poder premiar les empreses que ho facin.
3. En el cas que, havent-se tramitat el procediment d'adjudicació dels contractes a què es refereix aquest informe, no hi concorri cap empresa classificada, l'òrgan de contractació pot excloure el requisit de classificació prèvia en el següent procediment que, per a l'adjudicació del mateix contracte, es convoqui si s'escau.

Informe 4/05, de 28 d'abril de 2005

Adjudicació del contracte en un concurs, una vegada transcorregut el termini de tres mesos de l'article 89 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP).

Antecedents

El viceinterventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB), sol·licita l'elaboració d'un informe sobre l'assumpte de referència, que diu:

“Tal com disposa l'article 89 del RDL 2/2000, de 16 de juny, l'òrgan de contractació, prevists els informes corresponents, adjudicarà el contracte en el termini màxim de tres mesos a comptar des de l'obertura de les proposicions, excepte que en els plecs de clàusules administratives particulars s'estableixi un termini diferent.

En el punt 2 del mateix article es posa de manifest que si no es dicta l'acord d'adjudicació dintre del termini, els empresaris admesos a concurs tindran dret a retirar la seva proposta i a la devolució o cancel·lació de la garantia dipositada, si escau.

En conseqüència, si l'òrgan de contractació no adjudica en els terminis establerts, la legislació aplicable, estableix la possibilitat que els licitadors retirin les seves ofertes.

Ara bé, aquesta intervenció ha constatat que es donen casos que transcorre un període de temps molt significatiu (fins i tot superior a dotze mesos) entre la data de celebració de la sessió de la mesa de contractació que es produeix l'obertura de les ofertes i la data de celebració de la sessió de la taula que ha de formular la proposta d'adjudicació sense una justificació, i que en ocasions pretén proposar que es declari deserta la licitació.

Malgrat que els licitadors no hagin retirat les seves ofertes, es planteja per part d'aquesta intervenció el dubte respecte de la validesa de l'actuació de la taula, ja que es posa de manifest una paralització no justificada de l'activitat administrativa, o com a mínim, es dona una inactivitat atribuïble a l'administració.

Amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 2.1 del decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i de l'article 145.1 del seu reglament d'organització i funcionament, se sol·licita informe sobre les qüestions que a continuació es plantegen:

- *És vàlida l'actuació de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst a l'article 89 del RDL 2/2000?*
- *S'ha de justificar la paralització del procediment de contractació?*
- *L'òrgan de contractació ha de dur a terme qualsevol actuació en aquests casos?*
- *Si s'aporta un informe del tècnic corresponent mitjançant el qual es proposa declarar desert el concurs ja que donat el temps transcorregut, es consideren obsolets els productes a adquirir, pot la mesa de contractació subscriure la proposta sense incórrer en responsabilitat?"*

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Conformement al que es preveu en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB, de 10 d'octubre de 1997, qui sol·licita l'informe, el viceinterventor general de la CAIB, està legitimat per fer-ho.
2. A la sol·licitud d'informe s'adjunta un informe jurídic, tal com disposa l'article 16.3 d'aquest Reglament.
3. La documentació aportada és suficient per emetre l'informe sol·licitat, ja que compleix els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Tot i que l'ofici del viceinterventor general al·ludeix a una sol·licitud d'informe (que es refereix a la qual ens ocupa) de data 4 de febrer de 2005, elevada a aquesta Junta Consultiva de Contractació, la data de sortida d'Intervenció és del 24 de març de 2005, que és la

mateixa de l'ofici que conté aquesta al·lusió i ambdós documents varen tenir entrada en aquesta Junta el passat dia 30 de març de 2005.

Segona. La consulta es refereix a la circumstància que es produeix en la tramitació de diversos expedients de contractació, que l'adjudicació ho és mitjançant concurs i en els quals transcorre un període de temps molt significatiu, sense justificació, entre la data en què es duu a terme la sessió de la mesa que ha de formular la proposta d'adjudicació i aquesta.

Això, a parer del consultant, suscita una sèrie de qüestions que, en l'escrit de petició d'informe, adopta la forma de consultes concretes, si bé sempre referides a casos generals i a cap contractació específica.

Per això, les respostes tendran el mateix caràcter, sempre referides a licitacions en concursos i al termini d'adjudicació establert en l'article 89 de la LCAP.

Tercera. En el seu escrit el consultant parteix de la base que, en els casos de la demora assenyalada detectats per la Intervenció, els plecs de clàusules administratives particulars dels expedients de contractació corresponents, no han establert un termini màxim per adjudicar el contracte, (diferent de l'impost en l'article 89.1 de la LCAP) per a la qual cosa habilita aquest precepte.

En conseqüència, el termini màxim a què es refereix la consulta és de tres mesos comptadors des de l'obertura de les proposicions.

Quarta. Ateses les situacions que poden produir-se pel transcurs d'aquest termini si l'òrgan de contractació no adjudica el contracte, el consultant planteja diverses qüestions relatives a la validesa o no de l'actuació de la mesa de contractació una vegada esgotat aquest termini (se suposa que això sense haver a l'òrgan de contractació la preceptiva proposta d'adjudicació o declarant desert el concurs), a la necessitat o no de justificar, si escau, la paralització del procediment d'adjudicació, a l'obligatorietat o no que l'òrgan de contractació dugui a terme alguna actuació en aquests supòsits i a si, en un determinat cas, que explicita en la consulta, pot la mesa subscriure la proposta de declarar desert el concurs sense incórrer en responsabilitat.

Cinquena. Per a respondre a aquestes qüestions cal examinar la legislació aplicable al cas, que és la continguda tant en la LCAP (articles 89.2, 74.3 en relació amb el 88.2 i 81.2 i 3) com en la Llei 3/2003, de 26 de març de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears (article 50), així com en la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú LRJAP (articles 42 i 44).

En efecte: L'article 89.2 de la LCAP conté una única conseqüència jurídica derivada d'inexistència, dintre de termini, d'acord d'adjudicació del contracte.

Aquest precepte disposa que si no es dicta l'acord d'adjudicació dins el termini, *“els empresaris admesos a concurs tendran dret a retirar la proposició i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat”*.

És a dir, com no podria ser d'altra manera, la conseqüència d'aquella actuació administrativa anòma, repercuteix en dos dels drets dels licitadors, atès que no poden oblidar-se que ens trobam davant un procediment de concurrència empresarial.

Amb això, es pot respondre al primer dels dubtes suscitats pel consultant:

L'actuació de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst en l'article 89 de la LCAP és vàlida. Cosa distinta és que, per aplicació de l'article 44 de la LPARJC, si el procediment d'adjudicació no es resol en el termini de tres mesos comptadors des de l'obertura del procediment (article 89 LCAP) els licitadors podran entendre denegades les seves ofertes per silenci administratiu (article 44 LPARJC) amb el dret, dels empresaris admesos a concurs, a retirar les seves proposicions i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat.

Sisena. Seguint el discurs traçat, les qüestions que se susciten a continuació (i així es fa en la consulta) són les que puguin referir-se a possibles obligacions que afectin tant a la mesa com a l'òrgan de contractació, en concret es pregunta: S'ha de justificar la paralització del procediment de contractació?

Pel que fa això, la LCAP no conté cap regulació més, excepte el que s'ha dit abans. Cal ajustar-nos, doncs, al previst en la disposició adicional setena, que diu que *“els procediments en matèria de contractació administrativa s'han de regir pels preceptes continguts en aquesta Llei i en les seves normes de desenvolupament; els de LCAP són d'aplicació supletòria”*.

Si examinem, doncs, la LRJPAC, en els articles 42 i 44 estableix l'obligatorietat de resoldre en un procediment administratiu, la forma que han d'adoptar, els terminis per fer-ho i la notificació i la forma de la resolució.

En efecte, disposa l'article 42 de la LRJPAC que l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i a notificar-la, qualsevol que sigui la seva forma d'iniciació.

D'altra banda l'article 50 de la Llei 3/2003, de 26 de març estableix terminis màxims de resolució i notificació dels procediments administratius de competència de la comunitat autònoma, els quals s'han de tenir en compte si la norma especial del procediment en concret no els estableix expressament i que, en aquest cas, com que són establerts de forma concreta per als procediments d'adjudicació dels contractes administratius, caldrà ajustar-s'hi.

Arribats a aquest punt és obligat fer especial referència a la finalització dels procediments administratius de l'article 87 de la LRJPAC on veim que l'única forma de finalitzar un procediment de contractació és la resolució expressa, ja que no cal parlar de desestimació, renúncia i/o caducitat ja que aquests supòsit de finalització solament són procedents en els expedients iniciats a instància de part. Per altra banda el mateix article en relació amb el 42, del mateix cos legal, estableix l'obligatorietat de l'Administració de resoldre els procediments en tot cas.

Portam a col·lació, en aquest punt de l'informe, el punt 4 de l'article 44 de la LPARJC regulant el règim de les resolucions expresses a les quals està obligada l'Administració en tot procediment administratiu, i assenyalat que en els casos de desestimació per silenci administratiu, la resolució expressa que s'hagi de dictar s'ha d'adoptar sense cap vinculació al sentit del silenci.

Però, quines són les formes que pot adoptar la resolució d'un expedient de contractació? La resposta és en la pròpia LCAP en el article 88, en el qual s'estableix que l'Administració té, alternativament, la facultat de resoldre l'expedient adjudicant el contracte a l'oferta més avantatjosa o declarar desert el concurs; encara que és una activitat discrecional de l'Administració, no té altra opció. Per tant la resolució d'un procediment d'adjudicació de contractes és obligatòria per a l'Administració i aquella sol pot contenir una declaració de voluntat adjudicant el contracte o declarant desert el concurs i, a més, diu el mateix article que la resolució, una o altra, ha de ser motivada amb referència als criteris d'adjudicació del concurs que figuri en els plecs.

Per consegüent, l'obligació de resoldre que té l'Administració en els procediments d'adjudicació de contractes es correspon amb el dret del licitador a obtenir una resolució motivada del procediment contractual, a més del dret que l'assisteix de retirar-se de la licitació establert en el punt 2 de l'article 89 de la LCAP.

Llavors, transcorreguts els terminis màxims establerts en les lleis sense que s'hagi dictat resolució d'adjudicació o declarant desert el concurs, s'ha de justificar i motivar-se en l'expedient?

La resposta gairebé s'ha donat en els punts anteriors. Però vegem-ho.

Setena. Respecte de la consideració de si és necessària l'existència, si escau, d'un informe tècnic que proposi declarar desert el concurs, motivat pel temps transcorregut, que fa hagin de considerar-se obsolets els productes a adquirir i acollint-se al qual la mesa de contractació subscriu una proposta en tal sentit, cap dir que l'art. 81.2 de la LCAP preveu aquests supòsits ja que disposa que la mesa de contractació pot sol·licitar, abans de formular la proposta tants informes tècnics consideri necessari i es relacionin amb l'objecte del contracte, amb la qual cosa es possibilita que la mesa elabori una proposta que tingui el sentit d'aquests informes i que estimi pertinent, tal com li faculta, a més, l'art. 88.1 de la LCAP.

No obstant això el mateix article, al punt 2, estableix que la resolució per la qual es declara desert el concurs ha de ser motivada amb referència

als criteris d'adjudicació del concurs, o sia que l'informe tècnic que proposi declarar-lo desert ha de basar-se en els criteris d'adjudicació del concurs que figuren en el plec, i no en uns altres. En conseqüència, la discrecionalitat de l'òrgan de contractació queda substancialment reduïda per l'obligatorietat d'aplicar els criteris objectius d'adjudicació.

La discrecionalitat de l'Administració en l'adjudicació del concurs no ha de suposar en cap moment una actuació arbitrària o un abús de poder, al contrari, els principis de la contractació pública i la llei que els desenvolupa fan que l'activitat de l'Administració sigui objectiva i transparent en tot el procediment d'adjudicació. Per tant, destriar sobre si el motiu de l'esdeveniu obsolets els objectes d'un contracte pel transcurs de massa temps a resoldre un expedient de contractació és motiu suficient per declarar desert un concurs, caldrà ajustar-se a les causes que han motivat aquest excés en el termini de resoldre i si l'adjudicació en aquestes condicions, (objecte del contracte obsolet) suposaria un perjudici a l'interès públic atès que efectua una despesa no justificada i innecessari pel fet formal d'haver de resoldre el procediment de licitació per causa de dilatació en l'adjudicació del contracte del que es tracta.

El que s'ha dit no és obstacle perquè l'òrgan de contractació pugui exercitar la facultat de declarar desert el concurs si existeixen motius o causes fàctiques (com succeeix a parer nostre en el cas que ens ocupa), però també jurídiques, lògiques, raonables i expresses en referència a la finalitat contractual perseguida i en defensa de l'interès públic prevalent (que són dos elements regulats de la potestat discrecional i dues premisses fonamentals, fins i tot més prioritàries que l'obligatorietat de l'Administració d'haver de *“motivar-ne en tot cas la resolució amb referència als criteris d'adjudicació del contracte que figurin en el plec”*, com exigeix el mateix art. 88.2 de la LCAP.)

La doctrina i les sentències del Tribunal Suprem propugnen en aquesta matèria una interpretació sistemàtica i finalista dels preceptes reguladors de les facultats de l'Administració per adjudicar el contracte a la proposició més avantatjosa o per a declarar desert el concurs.

Vuitena. En virtut de la normativa citada fins a aquí, en el supòsit de transcurs dels terminis màxims indicats, sense perjudici del resultat negatiu del silenci administratiu, cal que l'òrgan de contractació insti a la mesa a elaborar i a elevar-hi la proposta pertinent i que, seguidament, dicti aquest una resolució i la notifiqui als licitadors del concurs, en els termes d'adjudicació del concurs o de declarar-lo desert.

Novena. Finalment, com a conseqüència de la repercussió de la no adjudicació del contracte en els terminis legalment establerts, se suscita la qüestió de l'existència i abast de la responsabilitat de l'Administració en la seva actuació, que en aplicar l'enginyeria del silenci administratiu ens hi remetem atès que es part general del Dret Administratiu.

Per altra banda, la disposició addicional cinquena, 2. de la LCAP, preveu que la infracció o aplicació indeguda dels seus preceptes per part del personal al servei de les administracions públiques pot suposar la incursió en casos de responsabilitat disciplinària i aquesta es regirà conforme a la normativa específica en la matèria.

Conclusió

1. No obstant la excepcionalitat que ha de suposar el fet que l'Administració actuï en aquest sentit, la proposta de la mesa de contractació una vegada transcorregut el termini de tres mesos previst en l'article 89 de la LCAP és vàlida. Cosa distinta és que, per aplicació de l'article 44 de la LPARJC, si el procediment d'adjudicació no es resol en el termini de tres mesos comptadors des de l'obertura del procediment (article 89 LCAP) els licitadors podran entendre denegades les seves ofertes per silenci administratiu (article 44 LPARJC) amb el dret d'aquells a retirar les seves proposicions i que se'ls retorni o cancel·li la garantia que hagin prestat.
2. Fins i tot en el cas d'haver transcorregut el termini de tres mesos per adjudicar el contracte segons l'article 89.1 de la LCAP, i sense perjudici de l'efecte negatiu del silenci administratiu en aquest cas, l'òrgan de contractació ha de dictar resolució expressa adjudicant el contracte a la proposició més avantatjosa o, alternativament, declarar desert el concurs.

3. Si l'Administració opta per dictar la resolució declarant desert el concurs ha de motivar-la amb referència als criteris d'adjudicació que figurin en el plec i/o, excepcionalment, a les raons del perjudici a l'interès públic que suposaria l'adjudicació del contracte en un procediment de contractació dilatat en el temps.
4. Si com a conseqüència de la no adjudicació del contracte en els terminis legalment establerts es produeixen danys a les parts i si pot existir responsabilitat de l'Administració en la seva actuació i el seu abast, ens remetem al contingut del títol X del la LPARJC i al títol V, capítol VIII de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma Illes Balears, quant a la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública.

Informe 5/05, de 9 de juny de 2005

Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per contractar. L'abast de la contractació.

Antecedents

El viceinterventor general de la comunitat autònoma de les Illes Balears va demanar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, mitjançant aquest escrit:

“L'article 9 del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, presenta el següent tenor literal:

Les empreses públiques de la comunitat autònoma de les Illes Balears a les quals fa referència l'article 1.b de la Llei 3/1989, de 29 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques i vinculades a la comunitat autònoma de les Illes Balears, tenen l'obligació de dur a terme, amb la consideració de mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració de la comunitat autònoma les obres i les activitats que els encarreguin les diferents conselleries del Govern de les Illes Balears i el organismes que en depenen, en les matèries que constitueixen l'objecte social de les empreses i, especialment, aquelles que siguin urgents o que s'ordenin con a conseqüència de les situacions d'emergència que es declarin.

Les obres, els treballs i les activitats realitzades en aquests es consideraran executades per la mateixa Administració i, en conseqüència, tindran el règim previst amb aquesta finalitat a la Llei de contractes de les administracions públiques.

El TRLCAP, aprovat per RDL 2/2000 de 16 de juny, regula en els articles 152, 153, 194, 195 i 199, les obres, subministraments i serveis duts a terme per la pròpia Administració o mitjançant col·laboració amb empreses particulars, i el Reglament general de la Llei de contractes aprovat per RD. 1098/2001, de 12 d'octubre, li dedica els articles 174 i següents, pel que fa a obres, 194 respecte a subministraments i 196 a serveis.

Aquest conjunt de normes estatals, totes elles amb caràcter no bàsic, regulen el règim jurídic de les actuacions que duu a terme l'Administració amb medis propis i es refereixen a actuacions pròpies de contractes administratius típics (obra, subministraments, servei), sense fer cap menció ni a favor ni en contra, a altres prestacions diferents a les que constitueixen l'objecte d'un contracte administratiu típic, com és el cas del contracte administratiu especial o del contracte privat.

L'encomana per l'Administració d'aquestes actuacions a les empreses públiques es considera execució directa als efectes de la llei de contractes, de tal forma que s'entén que és la pròpia Administració la que realitza les tasques i per tan no es lliciten aquest treballs amb publicitat i concurrència d'altres empresaris.

Amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i de l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, es sol·licita informe sobre la qüestió que a continuació es planteja.

És suficient l'habilitació prevista en les normes abans esmentades i per tant l'Administració de la comunitat autònoma pot encarregar a les seves empreses qualsevol actuació, incloses aquelles que serien objecte de contractes administratius especials o de contractes privats definits en l'article 5 del TRLCAP, sempre que es tracti de matèries que constitueixin l'objecte social de les empreses, sense que suposi una pràctica restrictiva de la competència?

S'acompanya informe dels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació d'acord amb el que disposa l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i 15.1 del Reglament d'Organització i Funcionament d'aquesta, aprovat per l'Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre de 1997, possibiliten que el viceinterventor general pugui sol·licitar informes, com en aquest cas.

2. La petició d'informe s'acompanya amb un altre informe del Servei Jurídic i Administratiu de la Secretaria General de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament esmentat.
3. La documentació aportada és suficient per poder emetre l'informe sol·licitat atès que es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

1. La pregunta que planteja la Viceintervenció General és saber quin és el règim aplicable a les relacions jurídiques entre la comunitat autònoma de les Illes Balears i les empreses públiques que en depenen, a qui concorre la condició de mitjà propi instrumental, amb relació a activitats objecte de contracte que aquestes presten per ordre d'aquelles.
2. Així centrada la pregunta, i com molt bé planteja l'escrit de la Viceintervenció, es fa necessari estudiar quina és la legislació que directament o indirectament regula aquestes relacions entre l'Administració pública i les societats públiques que en depenen, atesa la diversitat d'aquesta i en ocasions productora d'antinòmies, com indica l'informe que sobre això han emès els Serveis Jurídics de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació.
3. Si l'anterior és cert i, per tant, necessari l'estudi, també és cert que d'alguna manera s'haurà de concretar el concepte d'empresa pública objecte de la pregunta, ja que, igual com s'ha dit a l'apartat anterior, la legislació reguladora és variada i tal vegada contradictòria en alguns aspectes, cosa que pot provocar confusió i, per tant, arribar a conclusions errònies, de cap manera desitjables.
4. En conseqüència, i dins del treball de desgranar la problemàtica que es planteja a la pregunta, s'ha de determinar l'abast de la legislació que és d'aplicació a algunes empreses públiques i a quins treballs de l'Administració es poden aplicar els efectes jurídics de l'execució d'activitats de l'Administració pública de forma directa fent servir els mitjans propis instrumentals i, finalment, com planteja la consulta,

dilucidar si aquesta manera de desenvolupar la seva activitat l'Administració suposa una pràctica restrictiva de la competència.

5. La legislació que regula l'activitat contractual de l'Administració autonòmica de les Illes Balears es troba, amb caràcter bàsic i de manera preferent, en el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i en el Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el qual en l'article 9 regula de manera detallada les actuacions que, a títol obligatori, duguin a terme les empreses públiques. Aquesta norma és, i no cap altra, la que té permanència en la regulació de les relacions entre la comunitat autònoma Illes Balears i les empreses públiques com a mitjans instrumentals en l'execució d'activitats objecte de contractes de forma directa per part de l'Administració autonòmica, i actua supletòriament, en aquests supòsits, la LCAP, d'acord amb l'article 49.3 de la Constitució en relació amb l'article 50.3 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, atès que, en aquest cas, adquireix el caràcter de supletòria de la legislació que la pròpia comunitat autònoma ha dictat en la matèria que ens ocupa.
6. La norma autonòmica estableix que les empreses públiques de l'Administració autonòmica de les Illes Balears tenen l'obligació d'executar, amb la consideració de mitjans propis instrumentals, les obres i les activitats que els encarreguin les conselleries i els organismes que en depenen i en les matèries que constitueixen l'objecte social de les empreses.

A la primera afirmació que s'arriba amb la simple lectura de l'article és que qualsevol activitat de l'Administració de la comunitat autònoma Illes Balears l'han d'executar obligatòriament les empreses públiques, amb mitjans propis instrumentals, si així li ho encarrega qualsevol conselleria del Govern de les Illes Balears.

7. A l'apartat segon del punt 1 de l'article 9 indicat s'estableix que les activitats que duu a terme l'Administració amb els mitjans propis han de tenir el règim previst per aquest fi a la LCAP. Però, quin és el règim jurídic que aquesta estableix per a aquests tipus de relacions jurídiques?

Fins el dia d'avui, la LCAP donava poca atenció a aquest tipus de relacions jurídiques, res no es trobava a la part general de la Llei, sinó que és a la part específica de la regulació dels distints tipus de contractes administratius en què hi ha una referència a l'execució d'activitats de l'Administració utilitzant els propis mitjans però solament en alguns tipus de contractes: el d'obres i el de fabricació de béns mobles (articles 152 i 194 de la Llei).

8. Amb la publicació del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i millora de la contractació pública, el panorama jurídic ha canviat substancialment. En l'article 34.3, s'afegeix un nou paràgraf l) a l'article 3 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, en el sentit que resten fora de l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei:

«l) Les encomanes de gestió que es realitzin a les entitats i societats el capital del qual pertany totalment a la pròpia Administració pública.»

Atès això, es dedueix que el règim jurídic aplicable a la realització d'activitats de l'Administració econòmica amb els seus propis mitjans resta al marge de la LCAP, i regeix com a activitat pròpia d'una mateixa administració, però amb una condició: només es pot parlar de «contractes a casa» quan el capital de l'empresa pública pertany totalment a la mateixa Administració autonòmica.

Conclusions

1. L'Administració autonòmica està legitimada per encarregar a les empreses públiques que en depenen, i aquestes estan obligades a executar-les, qualsevol actuació que pugui constituir objecte de contracte de qualsevol tipus i que es tracti de matèries de constitueixin l'objecte social de l'entitat instrumental, sempre que el seu capital pertanyi totalment a la mateixa Administració autonòmica.
2. Aquest encàrrec d'activitats de l'Administració autonòmica de Illes Balears a les seves empreses públiques, i precisament per les

característiques d'aquestes, no suposa una pràctica restrictiva de la competència.

3. El règim jurídic que s'aplica a aquest tipus de relacions resten fora de l'àmbit d'actuació de la LCAP i, per tant, s'entén com un treball realitzat per la mateixa Administració.

Informe 6/05, de 29 de juny de 2005

Serveis professionals de procurador dels tribunals. Representació judicial del Consell de Mallorca. Àmbit d'aplicació a aquests contractes de la legislació de contractes de les administracions públiques.

Antecedents

La presidenta del Consell de Mallorca eleva un escrit de petició d'informe a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, que diu així:

“La secretària general de Vicepresidència primera va trametre a Intervenció una relació de factures, perquè siguin pagades, emeses per la procuradora Maria Lluïsa Vidal Ferrer, per serveis de representació judicial del Consell.

En data 29 d'abril la interventora general va retornar aquesta relació mitjançant ofici, al qual feia constar que, atesos els antecedents de despesa dels anys anteriors per aquest mateix concepte amb la professional esmentada, era necessària la tramitació prèvia d'un expedient de contractació.

El secretari tècnic de Vicepresidència primera va trametre a Intervenció l'informe emès pel lletrat en cap del Consell, de data 5 de maig, que respecte d'això diu que aquest és un cas de designació professional regit per la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ).

En contestació a l'informe esmentat, la interventora general va emetre informe en data 12 de maig, al qual diu en essència que si bé la designació del procurador professional és regida per la LOPJ, la seva contractació ha de ser prèvia a aquesta designació i, com a tal, ha de regir-se per la Llei de contractes de les administracions públiques.

El secretari tècnic de Vicepresidència primera va remetre novament a Intervenció l'informe emès pel lletrat en cap del Consell, en data 24 de maig, al qual dóna per reproduïdes les consideracions recollides en l'anterior informe de 5 de maig i manifesta discrepància amb el contingut de l'informe de la interventora de 12 de maig.

Així la qüestió sobre la qual hi ha discrepància és si aquests tipus de serveis professionals estan o no inclosos a l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes de les administracions públiques.

Atès allò que disposa la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre (BOIB núm. 147, de 18 de novembre de 2000) pel que fa a la legitimació per formular sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, us deman que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa emeti informe sobre els termes plantejats.

Us tramet, adjunts, els informes jurídics relacionats amb aquesta sol·licitud.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. En aquesta sol·licitud d'informe queda complert el requisit de la legitimació activa, atès que la disposició addicional segona del Decret de la CAIB 147/2000, de 10 de novembre, faculta els presidents dels consells Insulars perquè puguin demanar informes.
2. A l'escrit de petició d'informe esmentat s'adjunta un informe jurídic (del lletrat cap del Consell de Mallorca), amb el qual se satisfà l'exigència de l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta, aprovat pel Consell de Govern de la CAIB, de data 10 d'octubre de 1997.
3. La documentació aportada amb la sol·licitud d'informe és suficient per poder emetre'l, amb la qual cosa donen els pressupostos d'admissibilitat.

Consideracions jurídiques

Primera. Davant la discrepància sorgida en el si de l'òrgan consultant sobre quina és la normativa aplicable a la contractació dels serveis professionals d'un procurador dels tribunals a fi que ostenti la representació del Consell de Mallorca en els conflictes en què sigui aquest part, la presidenta d'aquest òrgan administratiu ha plantejat el dubte de si aquest tipus de serveis professionals està o no inclòs en

l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes de les administracions públiques.

Segona. Abans de donar resposta concreta a la qüestió plantejada, és necessari determinar el règim jurídic aplicable a la representació i defensa de l'Administració pública en l'actualitat.

Aquest, amb caràcter general, està clarament expressat en l'article 551 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol del poder judicial que en el punt 3 estableix literalment: *“la representació i defensa de les comunitats autònomes i la dels ens locals correspon als lletrats que serveixin en els serveis jurídics d'aquestes administracions públiques, tret que designin advocat col·legiat que els representi i defensi. Els advocats de l'Estat podran representar i defensar les comunitats autònomes i els ens locals en els termes continguts en la Llei 52/1997, de 27 de novembre, d'assistència jurídica a l'Estat i institucions públiques i la seva normativa de desenvolupament”* (article afegit per la LO 19/2003, de 27 de desembre).

Quant a l'Estat, la seva assistència jurídica és regulada en l'apartat primer del mateix article anterior i en la Llei 52/1997, de 27 de novembre abans indicada, i pel que fa a la nostra comunitat autònoma, és el capítol II del títol VI “Serveis jurídics” de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la comunitat autònoma, el que ho regula.

De l'examen de la resta de la legislació processal només la contenciosa administrativa parla de la representació i defensa de l'Administració pública. Diu textualment l'article 24 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, de la jurisdicció contenciosa administrativa que: *La representació i defensa de les administracions públiques i dels òrgans constitucionals es regeix pel disposat en la Llei orgànica del poder judicial i en la Llei d'assistència jurídica a l'Estat i institucions públiques, així com en les normes que sobre la matèria i en el marc de les seves competències hagin dictat les comunitats autònomes.”*

La legislació d'enjudiciament civil, la penal i la laboral, no regulen res sobre això, per la qual cosa cal ajustar-se al que sí determina la contenciosa administrativa, o sia a l'establert amb caràcter general en la Llei orgànica del poder judicial i les seves normes de desenvolupament

(Llei d'assistència jurídica de l'Estat per a l'Estat; Llei 3/2003 de 26 de març LRJACA).

El Consell de Mallorca sembla que no ha establert normativa especial en relació amb la seva representació i defensa, i això a pesar dels múltiples litigis en què es veu involucrat com a conseqüència de l'increment d'activitat per les transferències de funcions des de la comunitat autònoma, conseqüentment li és d'aplicació l'establert amb caràcter general per a totes les administracions, o sigui, que la representació i defensa dels seus interessos en tota classe de litigis en els quals es trobi involucrat el Consell de Mallorca correspondrà als lletrats que serveixin en els seus serveis jurídics, llevat que es designi advocat col·legiat que ho representi o defensi.

De l'anterior, s'ha d'indicar que no és necessària la designació d'advocat, i menys procurador dels tribunals, per a la representació i defensa, que aquesta es pot dur a terme a través dels propis lletrats del Consell de Mallorca. Però això és matèria que no s'ha d'examinar en aquest informe ja que queda fora de l'àmbit d'actuació d'aquesta Junta en no ser tema contractual, deixant per a altres òrgans competents el seu desenvolupament i anàlisi d'un tema tan estructural i organitzatiu com és el dels serveis jurídics del Consell de Mallorca.

Tercera. Tal com ha quedat exposat, el Consell de Mallorca pot optar entre la representació i defensa jurídica a través dels seus lletrats, o bé designar un advocat o advocats col·legiats que el representin. La qüestió es planteja en aquest punt amb la paraula “designar” que empra el legislador per a l'ús dels serveis jurídics externs a l'Administració pública.

En cap cos legal, ni en la doctrina ni la jurisprudència que consti a aquesta Junta, s'ha formulat un estudi, opinió, investigació o interpretació del terme utilitzat pel legislador de la Llei orgànica del poder judicial per al supòsit que l'Administració autonòmica o local utilitzi els serveis d'advocat col·legiat que no formi part dels propis serveis jurídics, ens referim a la paraula “designar”, ni de si amb la utilització de la paraula “advocat” podem interpretar que s'està referint indistintament a advocat o procurador o ambdues coses alhora.

Caldrà acordar que el verb “designar”, tant jurídicament com gramaticalment, significa assenyalar o destinar a una persona per a determinat fi, en aquest cas, la representació i defensa a canvi d’uns honoraris o aranzels. Suposa doncs, un fet jurídic en el sentit que genera efectes jurídics tant per a l’Administració que designi (pagament d’honoraris), com per al designat (la representació i defensa de l’Administració autonòmica). Estam, doncs, amb tota claredat davant un contracte *stricto sensu*.

Referent a això, l’informe del lletrat en cap del Consell de Mallorca manté que la relació entre Administració i professional de la justícia es basa en la confiança que inspira el procurador triat al Consell; a més s’ignora el nombre de plets que es varen promoure ni l’import dels honoraris o aranzels que va percebre el procurador. El lletrat afegeix en l’informe que, a més, els seus aranzels estan fixats com a obligat compliment per als procuradors dels tribunals. Tot això realment cert però, com es veurà, gens determinant de la qualificació o no d’aquesta relació de serveis com a contracte administratiu i, per tant, sotmès a la Llei de contractes de les administracions públiques.

Quarta. Arribats a aquest punt de l’informe, correspon determinar la naturalesa contractual d’aquesta relació jurídica, de quin tipus de contracte estam parlant i de si hi concorre el qualificatiu d’administratiu, ja que és sotmès a l’àmbit d’aplicació de la Llei de contractes de les administracions públiques.

L’article 3r de la LCAP assenyala quins negocis i contractes, en els quals és part l’Administració pública, queden fora de l’àmbit d’aplicació de la Llei, i el contracte d’assistència jurídica no hi figura. D’igual manera, l’article 5 del mateix cos legal, com que classifica els contractes en què sigui part l’Administració pública (els de caràcter administratiu, els de caràcter privat), no fa especial referència a cap objecte concret determinat de contracte sinó que els engloba en diversos grups generals (obres, gestió de serveis públics, subministrament, concessió d’obra pública i els de consultoria i assistència o de serveis administratius especials o privats). Per això cal ajustar-se a la naturalesa de l’activitat a contractar i enquadrar-la dins un dels grups que hem indicat dins el

parèntesi i en el nostre cas el grup serà, sense cap dubte, el que engloba els contractes administratius de consultoria i assistència.

Del text anterior cal afirmar que estam, doncs, davant un contracte administratiu de consultoria i assistència per la qual cosa cal examinar l'articulat que regula de manera específica aquesta figura contractual per esbrinar si, d'alguna manera, es fa referència al contracte d'assistència jurídica (representació i defensa jurídica) de forma concreta.

Cinquena. La LCAP regula el contracte de consultoria i assistència en el títol IV i en l'article 196, punt 2n, defineix el que s'ha d'entendre per aquest tipus de contractes dins els quals té plena cabuda el d'assistència jurídica.

Diu textualment l'article 196 2, b), 4a, que són contractes de consultoria i assistència aquells que tinguin per objecte:

“b) dur a terme, en col·laboració amb l'Administració i sota supervisió seva, les prestacions següents:

4a. Qualsevol altres prestacions directament o indirecta relacionades amb les anteriors (amb les dels apartats 1, 2 i 3 d'aquest epígraf b) del punt 2. de l'article) i en les quals també predominin les de caràcter intel·lectual, en particular els contractes que l'Administració formalitzi amb professionals, en funció de la seva titulació acadèmica”.

És a dir, l'objecte del contracte ha de consistir en prestacions duites a terme en col·laboració amb l'Administració i sota supervisió seva, en les quals predomini el caràcter intel·lectual i que els professionals ho siguin en funció de la titulació acadèmica.

Consideram que el contracte objecte de la consulta encaixa en els dos supòsits o premisses prevists en l'article abans esmentat 196.2.b), 4a de la LCAP.

Però és l'article 198 de la LCAP que regula la durada d'aquest tipus de contractes, cosa que ens aclareix la naturalesa juridicoadministrativa del contracte que ens ocupa, ja que en el punt 4a s'assenyala de manera expressa:

“Els contractes per a la defensa jurídica i judicial de l’Administració tendran la durada precisa per atendre adequadament les seves necessitats.”

De tot l’anterior, cal afirmar que els contractes que dugui a terme l’Administració pública, en aquest cas, el Consell de Mallorca, amb procurador i/o advocats per a la seva representació i defensa tendran la naturalesa de contractes administratius de consultoria i assistència amb la particularitat del termini de durada, que no serà el general d’aquesta mena de contractes, sinó el necessari per atendre adequadament les necessitats de l’administració contractant.

Conclusió

La designació de procurador dels tribunals per part del Consell de Mallorca per a la seva representació en judici constitueix un contracte administratiu de consultoria i assistència i, per tant, plenament sotmès al Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s’aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques i a les normes que s’hi desenvolupen.

Informe 7/05, de 13 de juliol de 2005

Contracte d'obres. Exigència en el plec de clàusules administratives particulars d'oferir millores valorades. Proposició que conté millores no valorades.

Antecedents

La batlessa presidenta de l'Ajuntament de Felanitx (Mallorca) sol·licita un informe a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, que diu:

“De conformitat amb l’acordat per la Mesa de Contractació de l’Ajuntament de Felanitx de dia 29 de juny de 2005, en relació amb les obres de CONDICIONAMENT GENERAL DEL CAMP DE FUTBOL DE SA LLEONA DE S’HORTA, i davant el dubte sorgit si la Mesa ha de tenir en compte una oferta que ha presentat unes millores a realitzar en les obres sense valorar, i que han estat degudament valorades pels Serveis Tècnics Municipals, us remetem l’expedient de referència perquè, si ho trobau escaient, emeteu el dictamen corresponent”.

Pressupòsits d’admissibilitat

1. La batlessa-presidenta de la corporació municipal de Felanitx (Mallorca) sol·licita informe, qui d’acord amb el que es preveu en la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma, pot sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, en els termes i condicions que determinen els articles 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i 15, 16 i 17 del reglament d’organització i funcionament d’aquest ens, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d’octubre de 1997.
2. En aquest escrit de petició d’informe s’adjunta un informe jurídic, amb la qual cosa es compleix el requisit que, referent a això, exigeix l’article 16 del reglament esmentat.
3. La documentació que s’aporta amb la sol·licitud d’informe és suficient per emetre’l, amb la qual cosa es donen els pressupostos d’admissibilitat.

Consideracions jurídiques

Primera. Es tracta de determinar la validesa o no d'una proposició presentada en un concurs en la qual s'ha omès part de la documentació de l'oferta que ha de servir de base, de criteri, per a l'adjudicació del concurs.

En concret a la Mesa de Contractació del concurs li sorgeix el dubte, en l'examen d'una proposta o oferta en un concurs, de si poden ser tingudes en compte o no les millores ofertes per un licitador en la qual se n'ha omès la valoració, quan en el plec de clàusules administratives particulars s'exigeix que en l'oferta s'inclogui tota la documentació que exigeix la clàusula 4, i en aquest s'especifica, entre unes altres, que les millores s'han de presentar en forma detallada i valorades i, en el supòsit que ens ocupa, l'oferta de les millores es presenta sense valorar.

Segona. Si bé caldria, arribats a aquest punt, formular tot un seguit de consideracions tècniques i jurídiques que prou allargarien aquest informe i arribaria a conclusions no sol·licitades, hem de centrar-nos en la consulta formulada, quant a un apartat concret de l'expedient, en referir-se al contingut d'una de les proposicions la qüestió de les quals ja ha estat exposada en el punt anterior.

De la lectura del contingut de la clàusula descrita i de l'examen de l'oferta en conflicte es desprèn, a priori, que hi falta, s'ha omès, un element essencial per poder entrar a establir barems per puntuar la proposició més avantatjosa: el preu de les millores descrites.

Tercera. Segons estableix la LCAP en l'article 79 en relació amb el 43, i el 67 i 80 a 83 del reglament de la Llei (RLCAP), la proposició ha d'ajustar-se al model que figuri en el Plec de clàusules administratives particulars i ha de contenir tots els elements, en el concurs, que la integren incloent-hi els aspectes tècnics.

És evident que en aquest supòsit la proposta en conflicte pateix de falta d'un element establert expressament en el Plec de clàusules administratives particulars per poder determinar la valoració de les millores ofertes com és el preu que atorga l'ofertant.

Quarta. Malgrat tot el que s'ha dit fins a ara, no ens trobam davant un supòsit incardinable en el contingut de l'article 84, del RLCAP; no ens trobam davant un fet que suposi haver de rebutjar la proposició per error manifest reconegut pel licitador.

L'error o, més aviat, l'omissió esdevinguda per causa d'absència de la quantificació econòmica de les millores de la proposició en conflicte no pot suposar un rebuig de la proposició presentada ja que, com que es tracta d'un concurs, hi ha diversos criteris d'adjudicació que s'especulen per determinar, en el seu conjunt, quina és l'oferta més avantatjosa per a l'Administració.

Cinquena. A més a més, cal dir que si bé la figura del concurs, enfront de l'automatisme de la subhasta, és presidida pel caràcter de forma discrecional de l'Administració a l'hora de decidir l'adjudicatari (així reconegut en nombroses sentències del TS), aquesta discrecionalitat no pot arribar a esdevenir arbitrarietat. Per aquest motiu, com a límit d'aquesta, s'exigeix que l'adjudicació es faci en funció d'uns criteris d'adjudicació establerts precisament en el Plec, tal com diu l'article 86 de la LCAP, i que, una vegada fixats aquests criteris en el Plec, per la naturalesa d'aquest, esdevenen llei entre les parts (TS. 20/1998, 12 de maig).

Tal com manté G. Aparicio, una vegada fixats els criteris en el Plec, pel seu caràcter com *lex contractus*, l'Administració ha d'adjudicar el contracte amb subjecció als plecs. La discrecionalitat, que no arbitrarietat, es dóna en la fase de selecció dels criteris, en les formes o fórmules de ponderació, en les prioritats etc, però una vegada resolts mitjançant l'aprovació dels Plecs i la seva convocatòria pública, l'Administració s'hi ha d'ajustar. El contrari suposaria crear una inseguretat jurídica en les ofertes i ofertants.

Conclusió

La falta de valoració de les millores ofertes per una empresa licitadora en la seva proposició en un expedient de contractació, mitjançant concurs, no suposa una causa de rebuig de l'oferta en la seva totalitat, però, en relació amb el cas concret, serà la Comissió de Valoració i,

si escau l'òrgan de contractació, qui ha de valorar la transcendència d'aquesta omisió, amb vista a determinar si suposa l'exclusió de la valoració de l'oferta quant al contingut de les millores o, simplement, una minusvaloració d'acord amb el defecte apuntat.

Informe 8/05, de 29 de setembre de 2005

Contracte de gestió de serveis públics. UTE contractista. Transformació en societat anònima. Autorització. Cessió de contracte.

Antecedents

El president del Consell Insular d'Eivissa i Formentera va plantejar una consulta a la Junta Consultiva, mitjançant un escrit que diu així:

“El Consell Insular d'Eivissa i Formentera, en endavant CIEFF, va tramitar l'expedient núm. 47/02C per a la contractació dels treballs de redacció “dels projectes, construcció, posada en funcionament i explotació d'unes instal·lacions de tractament integral de residus municipals i altres contemplats en el Pla Director Sectorial per a la Gestió de Residus Urbans d'Eivissa i Formentera.

El Plec de Clàusules Económicoadministratives particulars que va regir el concurs per a l'adjudicació de l'esmentat contracte estableix que el servei es prestarà mitjançant contracte administratiu de gestió indirecta de servei públic, en la modalitat de concessió, i inclourà l'execució de les obres necessàries pel seu desplegament, tot d'acord amb els art. 154 a 170 del RDLeg. 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i el Reglament que la desplega, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

El 8 de maig de 2003, el Ple del CIEFF va resoldre adjudicar el contracte a l'oferta presentada conjuntament per les empreses següents: Herbusa, Foment de Construccions i Contractes, Urbaser i Cespa Enginyeria SA, les quals havien aportat el compromís de constituir una UTE en cas que resultessin adjudicatàries de la licitació.

La formalització en escriptura pública de la constitució de la UTE es va dur a terme el 16 de maig següent, i es van denominar UTE GIREF; el contracte entre aquesta i el Consell Insular es va formalitzar el 27 de juny de 2003.

El 13 de juliol de 2004 la UTE GIREF envia un escrit al Consell Insular en el qual sol·licita, per raons d'interès pràctic i operatiu, l'autorització per transformar la UTE en una societat mercantil en la modalitat de Societat

Anònima, però sense alterar els elements personals del contracte ni tampoc l'objecte únic i exclusiu de la societat. D'altra banda, en el seu escrit, el sol·licitant, es compromet també davant el Consell Insular que, en primer lloc, en cas d'obtenir l'autorització de l'administració es mantindran les condicions de solvència exigides per a la contractació durant tot el període contractual; en segon lloc, a no transmetre les accions de la societat a tercers durant tot el període de la concessió.

Aquest escrit va ser informat pels serveis jurídics de la corporació, els quals van considerar que la sol·licitud efectuada per la UTE era la d'una cessió de contracte, figura prevista en l'art. 114 del RDLeg.2/2001, mitjançant el qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i que no es donen les condicions per a autoritzar-la que s'estableixen en el referit art. 114. En concret, s'assenyala que "no es donen almenys dos dels requisits exigits per a poder autoritzar la cessió: En primer lloc, perquè no ha transcorregut el temps mínim d'execució del contracte per poder autoritzar la cessió que, vam recordar, és una cinquena part del temps total, i en el nostre cas serien cinc anys. Per altra banda, el nou contractista, -la societat anònima que es constituïria- no tindria la solvència tècnica exigida en el plec, atès que la personalitat dels socis de la societat no es traslladen a aquesta ni, per tant, les seves característiques.

El passat 13 de juny, ha tingut entrada en la corporació un nou escrit del representant de la UTE GIREF, al qual s'adjunta un dictamen emès pel catedràtic de Dret Administratiu Sr. Ernesto García-Trevijano Garnica, en el que considera factible que el contracte passi a ser gestionat per una Societat Anònima integrada per les mateixes empreses que ara integren la UTE GIREF, atès que aquest jurista considera que des d'un punt de vista jurídic-material no es pot parlar de cessió a un tercer del contracte.

Vist tot el qual s'ha indicat i vista la documentació que s'adjunta -l'informe jurídic i el dictamen-, així com l'art. 5.4 dels Plecs de Clàusules economicoadministratives del contracte-, en aplicació de l'art. 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, així com la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, de contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i els arts.15, 16, i 17 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació

Administrativa, se sol·licita a aquesta Junta l'emissió d'un informe sobre els aspectes següents:

- *Es tracta d'una cessió de contracte la conversió dels membres integrants d'una UTE en accionistes –amb els mateixos percentatges que participaven en la UTE– d'una Societat Anònima?*
- *En cas afirmatiu, si s'han de complir estrictament els requisits de l'art. 114.2 del TRLCAP, concretament, el termini previst a l'article 114.2.b) i la solvència de l'article 114.2.c) o, per contra, es pot ser més flexible atès que en realitat es dona una coincidència de subjectes i l'única cosa que canviaria seria la forma jurídica que adoptin per a la gestió del contracte.*
- *Finalment, i en qualsevol cas, seria possible autoritzar la transformació de la UTE concessionària del servei en Societat Anònima?.*”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. La petició d'informe l'efectua el president del Consell d'Eivissa i Formentera, que segons el que estableix la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, està legitimat per fer-ho, en els termes i condicions determinats en els articles 12, del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta de Contractació i 15, 16 i 17 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.
2. L'escrit de petició d'informe s'acompanya amb un informe jurídic, i es compleix així el requisit que determina l'article 16 del Reglament esmentat.
3. S'estima suficient la documentació unida a l'escrit de consulta, per la qual cosa es donen els pressupostos d'admissibilitat de la sol·licitud de l'informe que s'emet.

Consideracions jurídiques

Primera. Són diverses les qüestions que es plantegen en la consulta que formula el Consell d'Eivissa Formentera (des d'ara CEF), plantejaments al seu torn correlatius, en el sentit que la resposta a una mediatitza

l'enfocament de les restants postures a les preguntes efectuades. Per aquest motiu s'ha de plantejar l'estudi de manera esglaonada i ordenada per a així arribar a conclusions clares i precises.

Segona. Així, en primer lloc, la resposta a la qüestió de si es tracta d'una cessió de contracte la conversió dels membres integrants d'una UTE (unió temporal d'empreses) en accionistes –amb els mateixos percentatges que participaven en l'UTE- d'una societat anònima.

CIF formula la pregunta de si la conversió, per a emprar els mateixos termes, dels membres integrants d'una UTE en accionistes d'una societat anònima, pot suposar una cessió de contracte titularitat de l'UTE. Per a respondre a aquesta pregunta es fa necessari determinar quins són els requisits per poder parlar de cessió d'un contracte administratiu.

Segons afirma el peticionari de l'informe, el 13 de juliol de 2004, la UTE GIREF, constituïda per les empreses Herbusa, Foment de Construccions i Contractes, Urbaser i Cespa Enginyeria, SA, contractista dels treballs de “redacció dels projectes, construcció, posada en funcionament i explotació d'unes instal·lacions de tractament integral de residus municipals i altres contemplats en el Pla director sectorial per a la gestió de residus urbans d'Eivissa i Formentera”, va enviar un escrit al Consell Insular en el qual sol·licitada, per raons d'interès pràctic i operatiu, l'autorització per a transformar l'UTE en una societat mercantil en la modalitat de societat anònima, però sense alterar els elements personals del contracte ni tampoc l'objecte únic i exclusiu de la societat.

Els serveis jurídics del Consell Insular van informar, sobre aquesta qüestió en el sentit de considerar aquesta transformació una cessió del contracte i van rebutjar aquesta per tal de no concórrer en el segon cas, almenys, dels requisits que exigeix l'article 114 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que són, no haver transcorregut encara el temps mínim d'execució del contracte (inferior a la cinquena part del temps total) i el que el nou contractista (la societat anònima) no tindria la solvència tècnica exigida en el Plec de clàusules administratives particulars, per no traslladar-se a la societat la personalitat dels socis i, per tant, les seves característiques.

En el dictamen emès pel senyor Ernesto García-Trevijano Garnica, catedràtic de Dret Administratiu a instàncies del contractista i que consta en l'expedient de contractació, s'argumenta i raona la negativa a considerar cessió contractual la transformació sol·licitada a l'òrgan contractant i la seva postura favorable a l'autorització de la transformació sol·licitada.

La figura jurídica de la cessió de contracte administratiu està regulada en l'article 114 de la LCAP. Del contingut d'aquest article es desprèn, en primer lloc, que per a poder parlar de cessió de contracte és necessària la presència en les relacions contractuals de la figura del "tercer". Estableix textualment: "Els drets i obligacions provinents d'un contracte es poden cedir a un tercer.....".

Literalment parlant, tercer és "Persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier genero". (*Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Espanyola*). Això aplicat al nostre supòsit jurídic que el tercer a qui es pretén cedir el contracte administratiu ha de ser una persona jurídica distinta a l'UTE concessionària.

Tercera. Per tant, estem parlant de persones jurídiques distintes quan ens referim a l'UTE i a la societat anònima creada encara que sigui pels mateixos integrants de la primera?, o per contra això suposa conservar la mateixa personalitat canviant únicament la forma de constitució societària.

Que ens trobem en aquest davant una veritable transformació, amb canvi de la personalitat jurídica del contractista, ho evidencia la seva intenció (l'UTE) de sol·licitar l'autorització de l'òrgan contractant per a fer-lo en societat anònima mercantil.

Per negar aquesta possibilitat, cal tenir en compte les consideracions següents:

- a) En primer lloc, l'article 111 de la LCAP, estableix que és causa de resolució del contracte la mort o incapacitat sobrevinguda

del contractista individual o l'extinció de la personalitat jurídica de la societat contractista.

- b) Òbviament el legislador està tenint en compte dos dels subjectes contractistes a qui es refereix la LCAP en el seu articulat, i evidentment s'ha oblidat del tercer, que no és altre que les unions temporals d'empresaris que estableix en l'article 24.
- c) La intenció de determinar l'extinció de la personalitat de tothom que contracta amb l'Administració, com a causa de resolució del contracte és clara, i per això si l'UTE s'extingeix com a tal, per a convertir-se en una societat anònima està incorrent de *lege* en causa de resolució del contracte.

Quarta. Però a més, el precepte comentat no pot desvincular-se, encara més, es completa totalment amb el disposat en l'article 24.1 últim paràgraf, que clarament condiona la durada de les UTES a la del contracte: *“La durada de les unions temporals d'empresaris serà coincident amb la del contracte fins a la seva extinció”*.

Atesa aquesta norma, s'entén ociosa qualsevol altra conjectura referent a això.

La intenció del legislador és tan òbvia, que si legalment fos possible el canvi o transformació de l'adjudicatari contractista constituït en UTE, per la seva banda, del contracte, no existiria la limitació assenyalada, ni s'exigiria, com es fa en el mateix article 24.1, segon paràgraf, de la LCAP, que l'UTE nomeni “un representant o apoderat únic de la unió amb poders suficients per exercir els drets i complir les obligacions que es derivin del contracte fins que s'extingexi”.

És a dir, si hagués la possibilitat de transformació de l'UTE en una entitat d'altre tipus, el text no seria el que és, sinó que la durada en l'acompliment de la funció ressenyada del representant, s'estendria mentre durés la mateixa UTE.

Cinquena. Però no només aquesta és l'estimació de la Junta Consultiva de Contractació, ja que la pròpia doctrina ha interpretat la norma en el sentit indicat.

Així, Moreno Molina, assenyala que aquest tercer paràgraf de l'apartat 1 de l'article 24 de la LCAP, afegit en la Llei 53/1999, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social (a la llavors vigent Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques), és una previsió que concorda amb el segon paràgraf del mateix article, que requereix que els poders del representant o apoderat de la unió, s'exerceixin fins a l'extinció del contracte, i s'eviti així la problemàtica de l'extinció de la personalitat de la unió temporal.

En el mateix sentit es pronuncia Calvo Chano, el qual manté que la durada de l'UTE coincidirà amb la de les obres, el servei o el subministrament que en constitueixi l'objecte.

També és coincident amb aquesta postura Fernández Astudillo.

Però és que, fins i tot abans de la reforma legislativa comentada en el punt que ens ocupa, la mateixa posició ja la mantenia la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda, en diferents informes.

Així, segons l'informe 25/97, de 14 de juliol, la durada de la unió d'empresaris ha de lligar-se a la durada del contracte, "existint arguments tendents a sostenir la vinculació de la durada de la unió d'empresaris a la durada del contracte en el mateix article 24 de la LCAP, en indicar que el representant o apoderat....."

Aquest mateix criteri es manté ja en l'informe 24/96, de 30 de maig de 1996, en l'última consideració del qual jurídica del qual s'assenyala que resulta significatiu referent a això que l'article 24. 1 de la LCAP, en el paràgraf segon, es refereixi expressament a l'exercici de drets i compliment d'obligacions que del contracte es derivin fins que s'extingeixi, la qual cosa "avala la interpretació assenyalada que les unions d'empresaris han de tenir necessàriament que tenir la mateixa durada que la del contracte al qual concorren".

Tot això no evidència sinó la intenció del legislador que l'exercici dels drets i l'assumpció de responsabilitats del contractista es contreguin exactament i exclusivament, pel que fa a la durada del mateix contracte, de manera que aquells s'extingeixin quan ho faci aquest, en el cas que el seu executor sigui una unió temporal d'empreses; intenció, en la qual, per tant, i en pura lògica, és subjacent la d'impedir el canvi o transformació de l'UTE.

Sisena. Per altra banda, es donen en aquest cas altres raonaments per propugnar la improcedència d'autoritzar la transformació de l'UTE en una societat anònima, com, per exemple, que si els possibles interessats en la licitació, fins i tot qui llavors no ha van participar, en aquell moment haguessin tingut coneixement de la possibilitat de transformar, amb el transcurs del temps, la figura jurídica subjectiva adjudicatoria del concurs, és possible i teòricament viable que pogués haver canviat el seu interès en la licitació (fins i tot reflectint-se en els termes i abast de la seva proposició), si escau.

Si, en conseqüència, ara s'accedís (malgrat els impediments legals assenyalats) a la petició de transformació de l'UTE en una societat anònima, es conculcarien els principis de la pròpia contractació, especialment el d'igualtat i el de concurrència.

Setena. A més del fet que les consideracions expressades, segons el parer de la Junta Consultiva, abunden en l'argument de la coincidència de la durada de l'UTE i la del contracte, cal descartar els raonaments continguts en l'informe jurídic que acompanya la sol·licitud de la seva transformació en societat anònima, ja que no es tracta, com s'hi determina (vegeu l'epígraf III.3.3) que el Plec de clàusules particulars del contracte permeti successivament transformar l'UTE en una societat anònima, sinó que l'article 5.3 del Plec, l'única cosa que fa és possibilitar que els licitadors es presentin a la licitació en unió temporal d'empreses (facultat innecessària i intranscendents, ja que sobre això impera el que estableix l'article 24.1 de la LCAP), mentre que l'article 5.4 del mateix Plec obre altra opció o possibilitat, com és la que els empresaris que concorrin a la licitació conjuntament amb uns altres, puguin també fer-lo amb el compromís de constituir una societat, que seria la titular

de la concessió, possibilitat aquesta última recollida a l'empара de la normativa de la LCAP vigent en aquell temps.

Però, com diem, en absolut es possibilita en el Plec de forma indubtable la transformació o canvi del contractista (en aquest cas, d'una UTE a una societat anònima), ni tan sols en la fase de licitació, si més no durant l'execució del contracte.

Vuitena. Però és més, del que no hi ha dubte és que les UTE, àdhuc mancants de personalitat jurídica i d'obrar en general, la llei els dota de la suficient per a contractar amb l'Administració, o sigui, capacitat per a adquirir drets i obligacions que provenen d'un contracte subscrit amb l'Administració pública (TS 16 nov. 1993 i altres...), i aquesta capacitat arrenca precisament de la capacitat d'actuar de les empreses que la integren i que ha de donar-se en totes, úniques responsables, i de manera solidària, davant l'administració de la bona fi del negoci contractual que es signa amb l'UTE.

Precisament, aquest protagonisme, aquesta decisió/empenta de la capacitat d'actuar de l'UTE a partir de les capacitats d'actuar dels membres de la unió, és el que ens condueix a afirmar la diferència de personalitats que es donen en el supòsit que ens ocupa, ja que la societat anònima adquireix personalitat jurídica i capacitat d'actuar per ella mateixa, per llei, totalment distinta i diferenciada de la dels accionistes que la conformen, mentre que l'UTE té capacitat d'actuar, de contractar amb l'Administració, mentre la tinguin tots els integrants d'aquella, que són únics que han d'acreditar-la davant l'òrgan de contractació.

Novena. En el cas que ens ocupa i per tot això, parlar de constitució d'una societat anònima per part de tots els membres integrants de l'UTE perquè passi a ser l'adjudicatària de la concessió en lloc d'aquesta, -la qual cosa no suposa cap cas de transformació, fusió o absorció de societats-, és parlar de la figura d'un tercer en les relacions entre l'administració contractant i l'UTE adjudicatària i, conseqüentment parlar de cessió de contracte administratiu.

És més, si acceptéssim que l'UTE i la nova societat anònima, són la mateixa persona, no seria necessari oferir, com assenyala l'informe

de l'UTE, garanties solidàries dels socis amb l'Administració i altres garanties que no fan sinó exterioritzar el pensament que la mateixa UTE considera que el supòsit de canvi de contractista que aquí analitzem és un clar supòsit de cessió de contracte.

Desena. Atès que som davant la figura de la cessió de contracte administratiu, s'ha de donar resposta a la segona de les preguntes formulades pel CIF en el sentit de saber si vistes les peculiaritats de la cessió en qüestió (cedir el contracte a una societat anònima integrada únicament i exclusivament pels membres de l'UTE que cedeix) és necessari complir els requisits d'article 114 o per contra es pot adoptar una postura més flexible.

De la lectura de l'article en qüestió no es desprèn, ni s'esmenta si més no, el fet de flexibilitzar els requisits perquè hi pugui haver cessió en determinats supòsits. El precepte estableix uns requisits essencials per poder parlar de la cessió d'un contracte administratiu amb caràcter general per a tots els supòsits, per tant, on la llei no distingeix no cal fer distinció, afirmant que en el supòsit que ens ocupa, la cessió ha de complir amb tots i cadascun dels requisits necessaris perquè puguem parlar de la seva validesa.

Onzena. Finalment, es donen els requisits perquè el CIEF pugui donar l'autorització prèvia perquè sigui possible la cessió en qüestió?. Partint de la suposició que les qualitats tècniques o personals del que cedeix, en aquest cas els integrants de l'UTE, no hagin estat causa determinant de l'adjudicació de la concessió, caldrà examinar si es donen tots i cadascun dels requisits per a la cessió.

Som davant un contracte de gestió de serveis públics en forma de concessió administrativa i per a aquest cas la Llei (article 114 LCAP) exigeix que almenys s'hagi fet l'explotació de la concessió en una cinquena part del temps de durada del contracte. La concessió de la gestió del servei objecte del contracte la cessió del qual es pretén es va constituir per un període de 25 anys i la data del contracte de concessió és de 27 de juny de 2003, la qual cosa evidentment evidencia que no s'ha complert d'aquest requisit bàsic perquè pugui donar-se la cessió.

Exigeix, a més, l'article 114 de la LCAP que el concessionari tingui capacitat per a contractar amb l'Administració i la solvència exigible de conformitat amb els articles 15 a 20 de la LCAP i han d'estar degudament classificat si aquest requisit es va exigir al que cedeix. Evidentment, cap d'aquests requisits podrien donar-se en la societat anònima de recent constitució ja que en cap moment podrà acreditar la solvència que exigeixen els articles 15 a 20 de la LCAP tret que hagués una cessió de mitjans tècnics i experiència professional de tots i cadascun dels integrants de l'UTE a favor de la societat mercantil que pretén obtenir la concessió per cessió del contracte, cosa que probablement no succeirà ja que les empreses de l'UTE quedarien obligades a revisar el seu expedient de classificació a la baixa, i s'afebliria la seva capacitat contractual davant l'Administració pública.

Quant a l'última de les qüestions que planteja el CIEF, no hi ha dubte, i no cal dir-ho, que els membres integrants d'una UTE poden constituir-se en societat anònima o en qualsevol altre tipus s'associació que considerin oportú ja sigui civil mercantil o d'una altra índole. Una altra cosa és que aquesta nova figura jurídica pugui tenir la titularitat d'una concessió administrativa obtinguda en la corresponent licitació per l'UTE en qüestió.

Conclusions

1. La cessió d'un contracte, adjudicat a una UTE, a una societat anònima constituïda pels mateixos membres de la unió i amb la participació dels mateixos percentatges és un supòsit de cessió de contracte administratiu regulat en l'article 114 de la TRLCAP.
2. En el supòsit de la cessió de contracte administratiu objecte d'aquesta consulta han de complir-se estrictament els requisits de l'article 114 del TRLCAP.
3. Els membres integrants d'una UTE poden constituir-se en societat anònima o en qualsevol altre tipus s'associació que considerin oportú ja sigui civil mercantil o d'altra índole. Una altra cosa és que aquesta nova figura jurídica pugui tenir la titularitat d'una concessió

administrativa obtinguda en la corresponent licitació per la l'UTE en qüestió.

Informe 9/05, de 29 de setembre de 2005

Contracte de compravenda de béns immobles. Incompatibilitat i prohibició de contractar de regidor administrador d'empresa licitadora.

Antecedents

El batle de l'Ajuntament de Sant Lluís (Illes Balears) va presentar a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, una sol·licitud d'informe, que, textualment indica:

“En sessió plenària de data 28-11-2004, amb l'aprovació provisional dels oportuns Plecs de Clàusules, aquest Ajuntament inicia un procediment de concurs per a la venda de parcel·les de propietat municipal, situades en el Polígon Industrial de Sant Lluís. Aquestes actuacions es desenvolupen al llarg de l'any 2005 i entre altres licitadors participa en el concurs la societat denominada “Excavacions Diego SL.”, de la qual forma part un Regidor electe d'aquesta Corporació, Sr. Cristóbal Coll Alcina.

*De les diverses escriptures aportades pel licitador Excavacions Diego, SL i del seguiment cronològic realitzat sobre la presència del Sr. Coll Alcina en l'esmentada societat es desprèn que l'esmentat soci forma part de la indicada societat com **Administrador**, passant de ser **Administrador Únic** a ser **Administrador Solidari**, segons escriptura de data 01-04-2004; càrrec que ostenta en l'actualitat.*

*Per l'exposat aquest Ajuntament, complint amb l'encomanat per la Mesa de contractació i atès que l'esmentat licitador ha estat adjudicatari d'una parcel·la, se sol·licita d'aquesta Junta Consultiva l'emissió d'un informe sobre la possible prohibició per a contractar per part de la societat **Excavacions Diego SL**, atès que un dels seus Administradors pot trobar-se culpable en causa d'incompatibilitat pel càrrec de regidor és aquest Ajuntament.*

Se'ls remeten fotocòpies compulsades de quants documents siguin d'interès per a l'anàlisi per part d'aquesta Junta Consultiva, i és la descripció de la cronologia del procediment la següent:

- 1- Acord plenari de data 22-12-2004, d'aprovació definitiva del Plec de Condicions.

- 2- Actes de les reunions celebrades per les Meses de contractació per a l'obertura del Sobre "B", de dates 07-03-2005 i 22-03-2005, on es fa constar la necessitat de sol·licitar de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Govern Balear, informe sobre el supòsit de prohibició de l'empresa per a contractar, sobre la base de l'art. 20 de la LCAP (pàg. 4 de l'acta de data 07-03-05).*
- 3- Acta de la reunió de la mesa de data 25-04-2005, d'aprovació de la relació d'adjudicataris provisionals.*
- 4- Acord Plenari de data 26-05-2005, d'adjudicació definitiva.*
- 5- Còpia de la documentació administrativa obrant en el sobre "B" o de documentació".*

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Aquesta sol·licitud d'informe és del batle de Sant Lluís (Illes Balears), el qual segons la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, està legitimat per a fer-lo.
2. La sol·licitud s'acompanya amb els antecedents i l'informe jurídic (emès pel secretari de la corporació) a què es refereix l'article 16 del Reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de la comunitat autònoma de les Illes Balears, de 10 d'octubre de 1997.
3. En conseqüència, es compleixen els requisits formals per poder emetre d'aquest informe.

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió que planteja l'Ajuntament de Sant Lluís amb la finalitat de resoldre-la (possible incompatibilitat d'un regidor de l'Ajuntament en relació al contracte d'adjudicació per concurs públic, de la venda d'una parcel·la propietat del mateix Ajuntament) fa necessari, primerament, dilucidar quina és la normativa aplicable a aquest cas concret, per després determinar l'existència o no d'incompatibilitat del regidor que és administrador de l'empresa licitadora i adjudicatària d'aquesta parcel·la.

Segona. Respecte de la primera de les premisses també cal distingir entre normativa competencial de l'Administració local (l'Ajuntament de Sant Lluís) i normativa aplicable a la incompatibilitat de regidors.

Així, en el primer supòsit cal assenyalar que el contracte de compravenda de béns immobles objecte de la consulta és un contracte patrimonial als quals es refereix l'article 5.3 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat per Reial decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, i hi és d'aplicació el règim jurídic dels contractes privats, contingut en l'article 9.1 de la mateixa LCAP.

Aquest precepte assenyala que als contractes de compravenda sobre béns immobles se'ls ha d'aplicar, en primer lloc, quant a la seva preparació i adjudicació, les normes de la legislació patrimonial, en aquest cas de les entitats locals.

Constitueix aquesta legislació el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, aprovat per Reial decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril i pel Reglament de béns de les corporacions locals, aprovat per Reial decret 1372/1986, de 13 de juny i els articles del qual 83 i 92 remeten, respectivament, en matèria de béns patrimonials i de preparació i adjudicació dels contractes respectius, a les disposicions sobre contractació, que estan contingudes, com s'ha dit, en la LCAP i en el Reglament d'aplicació, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

Tercera. Determinar quina és la normativa aplicable al cas d'incompatibilitat de batles o regidors per a contractar amb l'Administració pública -segona de les premisses contingudes en la primera consideració-, no és una tasca nova per a la Junta Consultiva i menys per a la Junta Consultiva del Ministeri d'Hisenda (Informe 6/2004, de 18 de novembre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears. Informes, entre d'altres, 60/96, 39/04 i 28/04 de la Junta Consultiva del Ministeri d'Hisenda).

En principi, la norma que s'ha d'aplicar a aquest supòsit és la es descriu en l'apartat i) de l'article 20 de la LCAP. Així, s'arriba a la conclusió que, tant en matèria de contractació de compravenda de béns immobles

com d'incompatibilitat de regidors per contractar amb l'Administració, la doble remissió normativa es fa a aquest precepte.

En aquest article s'estableix que no pot contractar amb l'Administració pública cap persona física o administradors de persones jurídiques que figurin en alguns dels supòsits de la Llei 12/1995, d'11 de maig, d'incompatibilitats dels membres del Govern de la Nació i dels alts càrrecs de l'Administració general de l'Estat, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques o que sigui qualsevol dels càrrecs electes regulats en la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els terminis que s'hi estableixen.

De l'estudi de la legislació relacionada en l'apartat anterior es desprèn que l'única que s'hi refereix i per tant pot ser aplicable a la incompatibilitat de batles i regidors per a contractar amb l'Administració pública és la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, que en l'article 178 estableix la incompatibilitat dels regidors que tinguin la qualitat de contractista o subcontractista de contractes que estiguin finançats totalment o parcialment per la corporació municipal o per establiments que d'ella depenguin.

A part de tot això, cal examinar si hi ha alguna normativa de l'Administració local de la qual es puguin deduir situacions d'incompatibilitat de batles i regidors per contractar amb l'Administració pública. En primer lloc cal dir que la normativa específica sobre contractació amb l'Administració local, (el Reglament de contractació de les corporacions locals de 9 de gener de 1953) va ser expressament derogat per la disposició derogatòria única de la Llei 13/1995 de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques. Amb la derogació d'aquest Reglament ja no poden tenir-se en compte les interpretacions que es feien en l'article 5 sobre incompatibilitats de regidors membres accionistes de les societats en més d'un 10 per 100 de les accions, etc.

De la resta de la legislació de l'Administració local (Llei 7/1995, de 2 d'abril de bases del règim local, Reial decret Legislatiu 781/1986, de 18 d'abril que aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, i el Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre

que aprova el Reglament d'organització i funcionament i règim jurídic de les entitats locals) no hi ha cap altra norma que faci referència a la incompatibilitat de batles i regidors per a contractar amb la corporació local a la que pertanyen.

Per altra banda i per últim, d'una forma o altra, per establir qualsevol regla sobre la incompatibilitat dels batles i regidors, cal fer referència a la que s'hagi pogut promulgar la nostra comunitat autònoma. La Llei 2/1996, de 10 de novembre, d'incompatibilitat dels alts càrrecs conté uns termes molt semblats als de la Llei 12/1995 de l'Estat de la Nació per als seus càrrecs; per tant no hi ha, en cap de les dues normes, cap referència als batles i regidors de les corporacions locals.

Quarta. Per tot això i en conclusió, l'única norma de règim local que regula la incompatibilitat de batles i regidors per a poder contractar amb la corporació local la constitueix l'article 178 de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny.

Del contingut d'aquesta norma dir que perquè hagi causa d'incompatibilitat d'un regidor per a poder contractar amb l'Administració pública s'han de donar necessàriament dos requisits: *a)* que es tracti d'una persona física o administrador de persona jurídica que sigui regidor de la corporació local contractant i, *b)* que el contracte estigui finançat total o parcialment per la corporació. Sense la concurrència d'aquestes dues circumstàncies no es pot afirmar l'existència de la causa de prohibició per contractar que estableix l'article 20, lletra i), de la LCAP.

Quant al primer, no hi ha dubte, atesa la documentació que ha presentat l'Ajuntament, que s'està davant un supòsit d'un administrador d'una societat mercantil, que és regidor de la corporació local convocant, i de la qual l'empresa solitària pretén ser adjudicatària d'un concurs públic per a adjudicar-se unes parcel·les propietat de l'Ajuntament. Cal afegir que el fet que el regidor, en un moment determinat, passa d'administrador únic a administrador solidari de la societat que pretén la propietat de la parcel·la, no té cap transcendència quant a la prohibició de contractar de la lletra i), de l'article 20 de la LCAP, ja que aquest fa referència als administradors de persones jurídiques i no fa distinció

entre administradors únics, solidaris o mancomunats; però és que a més, la qualitat d'administrador solidari dóna poder suficient per a obligar a la societat per si mateixa sense necessitar la voluntat dels altres administradors. Es dóna, doncs, el primer supòsit per a poder parlar de prohibició de contractar de la lletra i), de l'article 20 de la LCAP.

Pel que fa al segon dels requisits (contracte finançat, totalment o parcialment, per la corporació municipal), cal considerar-ne la no concurrència en el present cas, atès que som davant una adjudicació, mitjançant concurs, d'un contracte de venda d'una parcel·la de propietat municipal, a una empresa de la qual és administrador el regidor de l'Ajuntament consultant.

És a dir, el requisit es donaria en el supòsit contrari: que l'Ajuntament adquirís, mitjançant compra, la parcel·la i finances, així, a l'empresa de la qual forma part el regidor.

A més, la pròpia Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en reiteradíssims informes (a més dels esmentats en la tercera consideració, -52/99, 45/03 i 48/03-), ha mantingut aquesta interpretació en casos d'arrendament de béns immobles per part de regidors als ajuntaments als quals pertanyen, al considerar en tots els casos que falla el segon dels requisits esmentats, perquè es té en compte que el contracte no és finançat per l'ajuntament ni per un establiment que en depengui, sinó que és el regidor, mitjançant el compliment de la seva obligació de pagament de la renda, el que està, en certa manera, finançant la corporació local. Així, desapareix un dels elements que estructuren la incompatibilitat, com és el que els regidors, via contractual, percebin fons de l'ajuntament.

Per tant, cal estimar que aquest argument es reforça si es considera que la consulta plantejada ho és en relació amb una compravenda en la qual, a més, normalment, el finançament (el pagament del preu) sol referir-se a quantitats superiors a les del pagament de rendes periòdiques.

Conclusió

Atès tot això, no hi ha incompatibilitat i, per tant, prohibició de contractar, per al contracte de compravenda d'una parcel·la propietat de l'Ajuntament de Sant Lluís (Menorca) en el qual figura com adjudicatària compradora l'empresa Excavacions Diego, SL, un administrador de la qual és regidor d'aquesta corporació.

Informe 10/05, de 27 d'octubre de 2005

Contracte de gestió de serveis públics. Concessió. Prevalença de les clàusules del contracte sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus. Consideració d'índex o fórmula oficial de revisió de preus.

Antecedents

Per part del Secretari General de la Conselleria d'Educació i Cultura s'ha elevat consulta a aquesta Junta Consultiva, en escrit del següent tenor:

“La Conselleria d'Educació i Cultura està tramitant la contractació del servei públic de transport escolar amb la modalitat de concert per a centres docents públics pels cursos escolars 2005/2006, 2006/2007, i 2007/2008.

S'han dividit les quatre illes en dinou sectors geogràfics, cada un dels quals configura un expedient de contractació.

El concurs que es va treure a licitació es va quedar desert, per la qual cosa es van modificar els termes de la licitació, amb l'increment del preu i amb la introducció d'una nova clàusula de revisió de preus en els plecs per tal de mantenir l'equilibri econòmic financer del contracte.

D'acord amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació i els articles 15 i 16 de l'Acord de 10 d'octubre de 1997, pel qual s'aprova el Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa es formalitza sol·licitud d'informe sobre:

- 1. Vist l'informe 68/04 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa estatal, d'acord amb els articles 4 i 162 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), i atès, per una banda, el principi de llibertat de pactes, com també per una altra, el caràcter de norma especial (art. 162), pròpia de la regulació concreta de les especialitats d'un contracte típic, davant les regulacions genèriques de la part general de la Llei de contractes de les administracions públiques (articles 103 i 104), es sol·licita a la Junta Consultiva que informi si es pot sostenir que, d'acord amb l'informe esmentat, en el contractes de*

gestió de servei públic les clàusules del contracte (per tant, les del plec) prevaleixen sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus.

- 2. Si una modalització lineal (4 punts) sobre l'IPC (de transports, constant per un període de temps determinat (cursos 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008) i que està clarament establerta en els plecs de clàusules administratives dels contractes del servei escolar de transport (apartat I), i que en cap cas abasta tota la durada potencial del contracte, es pot considerar com a índex o fórmula oficial de revisió de preus degudament justificada d'acord amb els articles 104 i 162 de la LCAP i 104 del RCAP.*
- 3. En el supòsit que l'òrgan de contractació, malgrat els articles 4 i 162 de la LCAP, no pugui pactar una revisió de preus que mantengui l'equilibri econòmic financer del contracte, o la revisió indicada en els plecs no es pugui considerar un índex o fórmula oficial, d'acord amb la llei, es sol·licita a la Junta Consultiva que informi de quina seria l'autoritat competent per oficialitzar la fórmula i de quin seria el procediment per aprovar la fórmula oficial.*

D'acord amb el que disposa l'article 16.3 del Reglament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, s'adjunta informe emès pel Servei Jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura de 15 de setembre de 2005.

Així mateix, s'adjunta còpia de l'informe justificatiu de la Secretaria General en què s'exposen les circumstàncies que motiven la revisió de preus proposada per poder contractar el servei públic de transport escolar.”

Pressupòsits d'admissibilitat

- 1. L'informe ho sol·licita el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB), el qual està legitimat per fer-ho, d'acord amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.*

2. A la sol·licitud d'informe s'hi acompanya l'informe jurídic, preceptiu contemplat en l'apartat 3, de l'article 16 de l'indicat reglament.
3. La documentació adjunta a la petició d'informe és suficient per poder emetre'l atès que es reuneixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques.

Primera. Abans de començar a donar resposta a les preguntes plantejades en la consulta és convenient fer esment de la classe d'activitat contractual a que aquesta es contreu, així com del propi contracte que es pretén formalitzar.

A la vista dels documents tramesos per la Conselleria d'Educació i Cultura de la CAIB, ens trobem davant un servei regular d'ús especial en que consisteix el transport escolar i atès que, no solament no es qüestiona, sinó que ni tan sols es planteja cap dubte, amb ocasió de la present consulta, sobre la naturalesa contractual d'aquesta classe de serveis, s'ha d'assenyalar que, al concórrer en aquesta classe de contractes, els requisits i característiques de la gestió d'un servei públic (prestat per part d'uns empresaris a una col·lectivitat -alumnat de centres escolars públics-), sota la modalitat de concessió, els hi serà d'aplicació la normativa pròpia, continguda en l'article 154 i següents del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RD legislatiu 2/2000, de 16 de juny.

Aquest és també el parer de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (vegeu l'informe 40/03, de 17 de novembre de 2003.)

Segona. Entrant ja en la matèria concreta objecte de la consulta (revisió de preus d'una concessió de servei públic), cal dir, en primer lloc, que si bé en el més ampli sentit podem parlar de revisió de preus en general, quan ens referim a un contracte com el present i vists els termes utilitzats per la LCAP, potser seria més apropiat referir-nos a això com revisió de les prestacions econòmiques (l'article 162 de la Llei es refereix en el seu enunciat a les "Prestacions econòmiques" i en el seu contingut a les "contraprestacions econòmiques previstes en el contracte", atès al fet

que en les concessions de serveis públics entren en joc altres continguts econòmics a més del preu: cànon, tarifes, etc.).

Abundant en aquesta teoria, el terme “contraprestacions econòmiques” de l'article 162 de la LCAP, fa referència a les aportacions econòmiques que l'administració s'obliga a fer al contractista per a l'explotació del servei, sigui per a les despeses de primer establiment –obres i instal·lacions prèvies o conseqüents a la prestació del servei–, sigui per contribuir a sufragar les despeses d'explotació. Aquesta aportació, per tant, pot adoptar una gran varietat de formes: preu pròpiament dit, subvencions, subscripció de part del capital social de l'empresa gestora, cessió o transmissió de béns i recursos, etc.

En rigor, l'administració no remunera per si mateixa l'activitat del contractista, sinó que es compromet a través del contracte a contribuir de manera variable a la viabilitat econòmica de l'explotació del servei, a càrrec de la qual el gestor obtindrà el seu lucre o la seva pèrdua patrimonial, d'aquí el desencertat, al nostre judici, de la utilització, en el contingut normatiu de l'article 162, del terme “contraprestacions econòmiques”, quan en el seu enunciat el legislador ha estat més afortunat i hagués pogut seguir utilitzant aquest terme.

Tercera. La revisió de la contraprestació econòmica en aquest tipus de contractes s'ha fonamentat, especialment, en la teoria del risc imprevisible, atesa la naturalesa de ser un contracte, diguem, de llarga durada.

En efecte: La tècnica de la revisió de preus sorgeix, històricament, en l'àmbit del contracte de gestió de serveis públics, com manté la doctrina, com a conseqüència de la denominada teoria de la imprevisió davant circumstàncies extracontractuals imprevistes.

Aquesta possibilitat s'admet per primera vegada en el famós “arrêt Gas de Bordeaux” del Consell d'Estat de 1916 per resoldre el conflicte suscitat entre la companyia subministradora de gas i la ciutat de Burdeos com a conseqüència de la pujada del preu del producte durant la primera Guerra Mundial. El “arrêt” propugnava una solució que “tingués en compte alhora l'interès general, que regeix la continuació del servei

per la companyia amb l'ajuda de tots els mitjans de producció, i les condicions especials en que es troba la companyia i que no permeten al contracte rebre l'aplicació normal". Per això, el Consell d'Estat va disposar es procedís a "determinar, tenint en compte tots els fets en causa, el cost de la indemnització al qual la companyia té dret en raó de les circumstàncies extracontractuals, en les quals ha hagut d'assegurar el servei durant el període considerat".

La pròpia Junta Consultiva de l'Estat, en l'informe 29/00, de 30 d'octubre, diu que la clàusula de revisió de preus regulades en els articles 103 a 108 i 162, de la pròpia LCAP afegim nosaltres, constitueix una excepció al principi "de risc i ventura del contractista" i que aquesta excepció ve establerta legalment per a tots els contractes en l'article 98 de la LCAP.

El principi de l'equilibri econòmic financer, segueix dient l'informe, "s'estableix en l'aplicació en el contracte de gestió de serveis públics, com contrapartida al "ius variandi" de l'Administració i com dret del contractista al manteniment d'aquest equilibri inicial existent en el moment de l'adjudicació."

Acaba dient el meritat informe que "amb això es vol ressaltar que els dos principis ressenyats (risc i ventura del contractista i manteniment de l'equilibri econòmic financer) han d'actuar al marge i amb independència de la revisió de preus", concloent que "la revisió de preus.... ha de ser duta a terme d'acord amb les prescripcions concretes del plec de clàusules administratives particulars, sense que la seva aplicació pugui quedar desvirtuada pels principis abans assenyalats".

Quarta. Manté la Junta Consultiva del Ministeri d'Hisenda, ja en l'any 1993 en l'informe 27, que l'empresari adjudicatari del contracte de gestió de serveis públics té dret a la revisió de les prestacions econòmiques derivades del contracte i en els termes que estableixi el propi contracte i que les normes que regulen la revisió de preus en general (avui article 98 de la LCAP) no han de jugar necessàriament en els contractes de gestió de serveis públics com tampoc al dret a la pròpia revisió, tot això a l'empara de l'article 3 (avui article 4) de la LCAP que estableix la llibertat de pactes en les relacions contractuals administratives.

Cinquena. Entrant ja en la regulació de la matèria pròpia i concreta de revisió de preus en els contractes de gestió de serveis públics, cal dir que els articles 103 a 108 de la LCAP, estableixen el règim a seguir en tots els contractes amb caràcter general.

No obstant això, com s'ha dit, l'article 162 de la pròpia LCAP, el que fa és introduir una particularitat a aquesta regla general, al disposar que "el contractista té dret a les contraprestacions econòmiques previstes en el contracte i a la revisió de les mateixes, si escau, en els termes que el propi contracte estableixi".

De manera que la regulació d'aquests contractes és l'única que s'aparta del Títol IV, capítol únic de la LCAP, que és el qual estableix el règim de revisió de preus per a tots els contractes i que per totes les raons exposades en les consideracions anteriors s'ha volgut establir en aquesta matèria un status diferenciat.

En efecte, l'informe 15/02, de 13 de juny de 2002, del Ministeri d'Hisenda, sosté que, per als contractes de gestió de serveis públics, s'ha volgut tenir en compte les seves especialitats per regular la revisió de preus, tal com es recullen en els informes de la mateixa Junta, 27/93 de 22 de desembre de 1993, ja citat i 48/00, de 21 de desembre de 2000.

En el primer d'ells, com ja s'ha exposat anteriorment, es diu que l'article 73 de la Llei de Contractes de l'Estat (vigent en aquell temps en la matèria) concedeix a l'òrgan de contractació la més àmplia llibertat quant a les seves condicions i que, al no existir una remissió concreta al Decret-Llei 2/1964, de 4 de febrer, sobre revisió de preus en els contractes d'obres, els límits i condicions que aquesta última norma estableix, no han de jugar necessàriament en aquests contractes.

Continua aquest informe sostenint que la llibertat quant a la revisió de preus i condicions només cedeix en el cas que les normes reguladores del servei públic continguin previsions referent a això.

Acaba dient l'informe que comentem que les limitacions i condicions de l'esmentat Decret-Llei, només seran aplicables quan així resulti de les

normes reguladores del servei públic o, si escau, si dels termes del propi contracte es dedueixen (articles 154.1 i 162 de la LCAP).

I ni la Llei d'ordenació dels transports terrestres, 16/1987, de 30 de juliol, ni el seu Reglament d'aplicació, aprovat pel RD 1211/1990, de 28 de setembre, ni les seves normes de desplegament contenen cap previsió en aquell sentit.

En conseqüència, per a la determinació i concreció de la revisió de les prestacions econòmiques caldrà estar a l'estipulat en el contracte i fixat en el plec de clàusules administratives particulars, i en aquest sentit s'ha pronunciat amb reiteració el Tribunal Suprem.

Així, la Sentència de 27 de maig de 1982, considera que ha d'estar-se a l'expressament pactat sobre aquesta matèria, sent de destacar en l'assumpte jutjat determinades clàusules del contracte a aquest efecte.

La Sentència de 26 d'octubre de 1983 afirma que el principi de l'autonomia de la voluntat de les parts assumeix tot el seu valor, amb tota la lògica del contractus lex, ressaltada en el dictamen del Consell d'Estat de 7 de gener de 1966, referit al sistema de revisió de preus paccionada.

La Sentència de 23 de desembre de 1988 diu que les corresponents clàusules del plec de condicions constitueixen Llei del contracte i són d'aplicació preferent si no són contràries a la Llei, a la moral o a l'ordre públic, i plenament vinculants per a les parts.

La Sentència de 14 de desembre de 1989 assumeix la circumstància que la resolució de la qüestió relativa a la procedència o improcedència de la revisió de preus de la concessió que es contreu, és un problema d'interpretació contractual, concretament de l'establert en el Plec de condicions regulador d'aquesta concessió.

La Sentència del mateix Tribunal de 23 de maig de 1991, afirma que, en el cas jutjat, existeix una revisió expressament pactada per les parts que integra un article del Plec de condicions i continua dient que la revisió de preus en aquest cas depèn del Plec de condicions econòmiques que

constitueix la Llei del contracte, d'inexcusable compliment sempre que no es vulnerin preceptes de dret necessari supraordenat a les parts.

Així mateix les Sentències de 20 de setembre de 1991 i de 20 d'octubre de 1992, estableixen que el dret de l'empresari a la revisió de preus, en el supòsit jutjat, va quedar expressat en el contracte en els termes que contenen determinades clàusules del mateix i que aquestes són autèntiques i eficaces clàusules de revisió de preus.

Finalment, ha de fer-se constar que també la doctrina estima que les previsions contingudes en l'article 162 de LCAP constitueixen una manifestació concreta del principi general consagrat en l'article 103 de la mateixa Llei per a tot tipus de contractes administratius, com ja s'ha dit en la Consideració segona.

Sisena. Acceptada la viabilitat de la revisió de preus per a aquesta classe de contractes, procedeix ara, lligant-lo amb això, pronunciar-se sobre la idoneïtat d'aplicar en la revisió, l'índex determinat per l'òrgan de contractació en el plec de clàusules administratives particulars, que és l'Índex de Preus al consum (IPC) (de transports) més 4 punts percentuals, que és la qüestió principal objecte de la consulta.

Pel que fa al primer aspecte o element del sistema de la revisió (aplicació de l'IPC), deixant a part la prevalència de l'autonomia de les parts en contracte, està clarament establerta la seva validesa, amb caràcter general per a tots els tipus de contractes, en l'article 104.1 de la LCAP i acceptat per la jurisprudència i per la doctrina que aquests índex és l'oficial per antonomàsia. A més, del que s'ha dit, afirmar que la revisió de les contraprestacions econòmiques, en aquest tipus de contractes queda supeditat a l'establert en el propi contracte, el que equival a dir que la fórmula o sistema que en ell es determini serà el que les parts hauran de tenir en compte a l'hora de procedir a les revisions.

No hi ha dubte doncs que la revisió de les contraprestacions econòmiques derivades d'un contracte de gestió de serveis públics, i en concret del que aquí ens ocupa, pot dur-se a terme a través de l'IPC com índex de caràcter oficial per antonomàsia per a procedir a aquests fins revisors.

Si bé el sistema de revisió de preus, en aquests casos, es deixa allò que s'estableixi en el contracte, que ve a ser el mateix que dir que es deixa a la voluntat de les parts, això no ha de suposar que el sistema de revisió de preus de la concessió no hagi de ser sobre la base de fórmules objectives que en la seva aplicació quedin al marge del principi de la contractació pública establert en l'article 14.1 de la LCAP de que el preu del contracte haurà de ser cert, que és el mateix que dir determinat, però no fix. Com bé indica el dictamen del Consell d'Estat 1.409/1992, no és lo mateix, preu cert, que preu fix, doncs el que ha disposat la legislació és la certesa de la concurrència del preu no les seves contingències, alteracions que tenen les seves pròpies regles quines són que el contracte inclogui clàusules de revisió de preus tendents al manteniment de l'equilibri financer.

Per tant, el manteniment de l'equilibri financer del contracte, preu cert, acord de revisió de les prestacions econòmiques prevista en el contracte, la certesa de les obligacions de l'Administració pública a l'hora de redactar els seus pressupostos, són condicionaments a tenir en compte a l'hora de determinar la formula o criteris per a la revisió de les prestacions econòmiques d'un contracte de gestió de serveis públics. Per l'anterior, no existeix cap obstacle perquè s'estableixi una revisió del preu del contracte objecte d'aquesta consulta en base una modalització lineal (4 punts) sobre l'Índex dels Preus al consum (IPC).

Conclusió

1. En els contractes de gestió de serveis públics, les seves clàusules prevaleixen sobre les prescripcions de la Llei en matèria de revisió de preus.
2. Una modelització lineal (4 punts) sobre l'Índex dels Preus al consum (IPC) es pot considerar com formula vàlida per a la revisió de les prestacions econòmiques en un contracte de gestió de serveis públics sempre que tingui com finalitat el manteniment de l'equilibri econòmic del contracte.

Informe 11/05, de 15 de desembre de 2005

Contractes de gestió de serveis públics en matèria de serveis socials. Preferència de lleis. Possibilitat que entitats privades amb finalitat de lucre concorrin a les licitacions.

Antecedents

El secretari general de la Conselleria de Presidència i Esports presenta davant aquesta Junta Consultiva, escrit de petició d'informe que diu així:

“En aplicació del que disposa l'article 12 del Decret 20/1997, la secretària general de la Conselleria de Presidència i Esports planteja la qüestió de si en el cas que la Conselleria de Presidència i Esports pretengués contractar la gestió de serveis públics en matèria de serveis socials, per aplicació del principi “la Llei posterior deroga a l'anterior”, s'entén que té preferència la Llei d'acció social, i que, per tant, per aplicació del principi d'igualtat i no discriminació, poden concorrer a la licitació de contractes de gestió de serveis públics entitats privades amb ànim de lucre.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. Aquest informe és demanat pel secretari general de la Conselleria de Presidència i Esports, de la comunitat autònoma de les Illes Balears (CAIB), qui està legitimat per a fer-ho, en virtut del previst en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva i dels registres de contractes i de contractistes de la CAIB i en el 15.1 del seu reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB, de 10 d'octubre de 1997.
2. S'ha adjuntat a la sol·licitud un informe jurídic per la qual cosa s'acompleix l'establert en l'article 16.3 del reglament esmentat.
3. Així mateix, la documentació aportada pel sol·licitant és suficient per poder emetre aquest informe, ja que reuneix tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Del tenor de la consulta es dedueix el plantejament de dues qüestions:

- a) La presumpta discrepància entre dues lleis: La Llei 9/1987, d'11 de febrer, d'acció social de la comunitat autònoma de les Illes Balears i la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), el text refós de les quals va ser aprovat pel RDleg. 2/2000, de 16 de juny.
- b) La possibilitat o no que la Conselleria de Presidència i Esports de la comunitat autònoma, (consultant), contracti la gestió de serveis públics en matèria de serveis socials, amb entitats privades amb finalitat de lucre.

A la vista d'ambdós temes, possiblement el plantejament més adequat hauria estat el de dues qüestions diferenciades i independents entre si, que per pura lògica hermenèutica haurien pogut motivar l'elaboració per part d'aquesta Junta de dos informes separats.

No obstant això, atesa la connexió i interrelació entre ambdues matèries que formula el consultant (amb la derivació possible de la resposta a la segona qüestió, depenent del resultat de la primera), respondrem aquí amb a ambdues.

Segona. Respecte del dubte que planteja el peticionari de l'informe, relatiu a la preferència d'aplicació al cas que ens ocupa, bé de la Llei d'acció social autonòmica ja citada, o de la LCAP, cal dir que es té la convicció, per la seva banda, que els articles 19 i 20 de la primera (que són l'objecte de consulta), citats en l'informe jurídic acompanyat en l'escrit del secretari general de la Conselleria, estan en contradicció amb aquesta última Llei.

Tercera. La primera pregunta que hem de plantejar-nos és determinar si l'objecte de la consulta o sia els contractes que tinguin per objecte la gestió de serveis socials i d'assistència social poden ser considerats com de gestió de serveis públics, contractes administratius especials o

convenis de col·laboració de l'art. 3,d de la LCAP. En segon lloc, s'ha de determinar qui pot ser contractistes d'aquests serveis.

La resposta a la qüestió primera la trobarem en el propi Estatut d'autonomia de les Illes Balears aprovat per Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, el qual en l'article 10.14 estableix que la comunitat autònoma té competència exclusiva en matèria d'acció i benestar social. La competència, legislativa ha estat exercitada amb la promulgació de la Llei 9/1987, de 11 de febrer, que ordena, coordina, impulsa i millora l'acció social en l'àmbit de la comunitat autònoma. Per això, l'acció social és un servei competència de la comunitat autònoma Illes Balears que pot dur-se a terme, o de forma directa, o mitjançant la concessió del servei a tercers a través del contracte de gestió de serveis públics.

Arribats a aquest punt, podria sorgir el dubte de si els convenis de col·laboració que dugui a terme la comunitat autònoma Illes Balears amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat en matèria d'acció social estan plenament sotmesos a la Llei de contractes de les administracions públiques, ateses les característiques pròpies del contracte de gestió de serveis públics, o per contra podria ser d'aplicació la lletra d) de l'article 3 de LCAP. Atès tot l'anterior, no hi ha cap dubte de que l'acció social és una activitat pròpia de la comunitat autònoma Illes Balears i, que desenvolupar-la sota el sistema de gestió indirecta suposa un clar supòsit de contracte de gestió de serveis públics regulat en els articles 154 i 155 de la LCAP.

Quarta. La segona qüestió que hem de formular-nos per donar resposta a la sol·licitud d'informe de la Conselleria de Presidència i Esports, és determinar a la vista de la LCAP i de la mateixa Llei 9/1987, de 11 de febrer, d'acció social quins tenen capacitat per poder contractar la gestió dels serveis públics en matèria d'acció social de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Si examinem la LCAP, amb caràcter general el títol II regula els requisits per poder fer contractes amb l'Administració, i en concret l'article 15 estableix quins podran fer contractes amb l'Administració: les persones naturals o jurídiques, espanyoles o estrangeres que tinguin plena capacitat d'obrar i acreditin la seva solvència econòmica, financera i

tècnica. Aquesta norma constitueix legislació bàsica en la matèria i per tant d'obligat compliment per part de l'Administració de la comunitat autònoma. Per això, en principi, qualsevol persona natural o jurídica amb capacitat d'obrar podrà ser subjecte d'un contracte de concessió de serveis públics d'acció social de la comunitat, sempre que acrediti disposar de la solvència econòmica, financera i tècnica o professional que es requereixi en el procediment contractual concret.

D'altra banda, si examinem la Llei 9/1987, de 11 de febrer, d'acció social, aquesta no preveu, ni és finalitat del legislador, cap supòsit de contractació pública en matèria de gestió de serveis d'acció social. Es tracta d'una llei, tal com indica la seva mateixa exposició de motius, que fixa els principis de planificació, coordinació, descentralització i racionalització del sistema d'acció social de les Illes Balears especialment per al cas que ens ocupa, coordinació de tot el sector públic amb competència en la matèria, així com la participació i col·laboració del sector privat mitjançant les entitats i empreses sense finalitat de lucre.

Efectivament, la llei, eminentment política i amb clara finalitat constitutiva d'un nou règim d'acció social (dimanant de la necessitat derivada de l'assumpció recent de la competència en la matèria), ho regula des d'un punt de vista fonamentalment polític social, i ordena la creativitat de les institucions públiques competents i la ja existent iniciativa privada en aquest camp, fortament finançada mitjançant subvencions i que pretén substituir aquest sistema de finançament pel de concerts, però alhora subvencionada encara que amb tendència a la disminució d'aquesta última.

Quan la llei parla, per tant, de col·laboració de la iniciativa privada en els seus articles 19 i 20 ho fa d'entitats sense finalitat de lucre, (que ja actuaven segurament en el camp de l'acció social) amb un projecte de subvencions i la introducció de la figura del concert, la llei ho considera des d'un punt de vista de l'activitat de voluntariat altruista, de fort caràcter social per la pròpia naturalesa i de beneficència desinteressada, i per això, deficitària en la seva aplicació. De cap manera podem, doncs, tenir en compte el concepte de manca de finalitat de lucre com un requisit per poder contractar amb l'Administració la prestació de serveis socials.

Cinquena. Cosa distinta és l'existència creació del Registre General de Centres, Associacions i Entitats de Serveis Socials i assistència social de la comunitat autònoma Illes Balears creat pel Decret 44/1988, de 28 d'abril. En aquest registre, diu l'article 1, s'han d'inscriure obligatòriament tota classe de centres, tant públics com privats, serveis i/o entitats que desenvolupin activitats en el camp de l'acció social. Així mateix, en la disposició addicional afegeix que la no inscripció d'aquestes entitats en el Registre suposarà considerar-les per clandestines i no podran desenvolupar activitats d'aquesta mena.

En conseqüència, i independentment dels requisits per fer contractes de la LCAP, la legislació autonòmica prescriu el de la inscripció registral esmentada per a poder desenvolupar l'activitat pròpia d'acció i serveis socials en el seu àmbit territorial.

Conclusió

1. El contracte que té per objecte la prestació de serveis en matèria d'acció social reuneix les característiques d'un contracte de gestió de serveis públics dels articles 154 i següents, per la qual cosa no pot ser classificat com contracte administratiu especial, ni menys, conveni de col·laboració de la lletra d) de l'article 3 de la LCAP.
2. A la licitació en els contractes de gestió de serveis públics en matèria de serveis socials objecte de la consulta, hi poden concórrer entitats privades amb finalitat de lucre o sense, sempre que reuneixin els requisits de l'article 15 de la LCAP i per desenvolupar activitats en matèries d'acció social, els previstos en la Llei 9/1987, de 11 de febrer, d'acció social de la comunitat autònoma de les Illes Balears.

Any 2006

Informe 1/06, de 7 de febrer de 2006

Criteris que ha de tenir en compte l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears a l'hora de fer contractes amb les entitats que tinguin la condició de mitjà propi. Consideració especial de l'entitat Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA).

Antecedents

La secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació ha tramès a aquesta Junta Consultiva una sol·licitud d'informe, mitjançant un escrit que diu:

“En data 9 de juny de 2005, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa va emetre un informe (5/2005) amb l'epígraf següent: Contractes que subscriuen les empreses públiques de l'Administració autonòmica de les Illes Balears amb mitjans propis instrumentals. Habilitació per a fer contractes. Abast de la contractació.

Vista la Instrucció 2/2005, de l'Advocacia General de l'Estat, sobre el règim jurídic aplicable als convenis de col·laboració i als acords d'encàrrec de gestió formalitzats per l'Administració general de l'Estat i els seus organismes autònoms, entitats públiques empresarials i la resta d'entitats públiques i privades del sector públic estatal, que incideixen sobre el règim jurídic que els és aplicable després de l'entrada en vigor del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i millora de la contractació pública, i vistes les darreres sentències del Tribunal de Justícia de la CE referents a l'adjudicació de contractes per part de les administracions públiques a empreses participades (en particular, la Sentència de 10 de novembre de 2005 del TJ, Sala Primera, en l'assumpte C-29/04), sol·licit a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'emissió d'un nou informe que incorpori l'estudi d'aquests darrers criteris”.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'informe és sol·licitat per la secretària general de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la qual està legitimada per a fer-ho, conformement a allò que prescriuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer,

de creació d'aquesta Junta Consultiva i dels registres de contractes i de contractistes i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma, de 10 d'octubre de 1997.

2. Encara que la petició d'informe no és acompanyada del informe jurídic corresponent, tal com seria preceptiu d'acord amb el que es disposa en l'article 16.3 del Reglament esmentat, pot considerar-se com a presentat, ja que així ho va fer la Viceintervenció General de la Comunitat Autònoma en el seu moment quan es va sol·licitar l'informe d'aquesta Junta 5/05, de 9 de juny de 2005, al qual fa referència ara la peticionària d'aquest nou informe.
3. Finalment, la documentació aportada es considera suficient per a facilitar l'emissió de l'informe sol·licitat, per la qual cosa es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Abans de l'entrada en vigor del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls de la productivitat i per a la millora de la contractació pública, quedaven exclusos de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (TRLCAP), d'acord amb el que s'estableix en l'article 3.1, entre d'altres, els convenis de col·laboració següents:

- c) *Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o qualsevol d'ells entre si...*
- d) *Els convenis de col·laboració que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, formalitzi l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que l'objecte no estigui comprès en els contractes regulats en aquesta Llei o en normes administratives especials. Quedaran així mateix exclusos d'aquesta Llei els convenis que siguin conseqüència de l'article 296 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.*

L'article 3.1 del TRLCAP no feia, tanmateix, cap referència al tractament que, a aquests efectes, pogués donar-se als encàrrecs de gestió, figura prevista per l'article 15 de la Llei 30/1992, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), que la configura com una modalitat de col·laboració entre òrgans o entitats de la mateixa o diferent administració pública, que consisteix a dur a terme activitats de caràcter material, tècnic o de serveis, per la qual cosa, en la mesura que es faci entre entitats amb diferent personalitat jurídica pròpia i fos onerosa, podria suposar l'execució d'un contingut propi d'un contracte administratiu típic.

A aquest efecte, la mateixa Llei 30/1992, de 26 de novembre, aclaria (en l'article 15, apartats 3, 4 i 5) el següent:

3. L'encàrrec de gestió entre els òrgans administratius o entitats de dret públic pertanyents a la mateixa administració ha de formalitzar-se en els termes que estableix la normativa i, si no n'hi ha, per acord exprés dels òrgans o entitats que hi intervenen. En tot cas, l'instrument de formalització de l'encàrrec de gestió i la seva resolució ha de ser publicat, perquè sigui efectiu, en el diari oficial corresponent.

Cada administració pot regular els requisits necessaris per a la validesa d'aquests acords, que han d'incloure, almenys, esment exprés de l'activitat o activitats a les quals afectin, el termini de vigència i la naturalesa i abast de la gestió encarregada.

4. Quan l'encàrrec de gestió es faci entre òrgans i entitats de diferents administracions, s'ha de formalitzar mitjançant signatura del conveni corresponent entre elles, tret del supòsit de la gestió ordinària dels serveis de les comunitats autònomes, per les diputacions provincials o, si n'és el cas, cabildos o consells insulars, que s'ha de regir per la legislació de règim local.
5. El règim jurídic de l'encàrrec de gestió que es regula en aquest article no és aplicable quan la realització de les activitats enumerades en l'apartat primer hagi de recaure sobre persones físiques o jurídiques subjectes a dret privat. En aquest cas, doncs,

s'ha d'ajustar, en allò que calgui, a la legislació corresponent de contractes de l'Estat, sense que es puguin encarregar a persones o entitats d'aquesta naturalesa activitats que, segons la legislació vigent, s'hagin de dur a terme amb subjecció al dret administratiu.

Segona. La reforma del TRLCAP operada per l'article 34 del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, ha implicat la introducció de canvis importants en el règim jurídic aplicable als convenis de col·laboració i als acords d'encàrrec de gestió que hagin de formalitzar-se per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats públiques o privades del sector públic. Aquests són canvis derivats, per una banda, de la modificació de la redacció de l'esmentat apartat c) de l'article 3.1, i d'una altra, de la introducció en el mateix precepte d'un nou apartat, l), referent a l'encàrrec de gestió. L'apartat d) del mateix article 3.1 no ha estat, per contra, objecte de modificació. Després de la reforma, aqueixos apartats han quedat redactats en els termes següents:

Article 3

Negocis i contractes exclosos

1. *Queden fora de l'àmbit d'aquesta Llei:*

(...)

c) *Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o qualsevol d'ells entre si, sempre que la matèria sobre la qual versi no sigui objecte d'un contracte d'obra, o bé que sent objecte d'aquests contractes el seu import sigui inferior, respectivament, a les quanties que s'especifiquen en els articles 135.1, 177.2 i 203.2.*

(...)

d) *Els convenis de col·laboració que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, formalitzi l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en els contractes regulats en aquesta Llei o en les seves normes administratives especials. Quedaran, així mateix, exclosos d'aquesta Llei els convenis que siguin conseqüència de l'article 296 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea.*

(...)

- l) Els encàrrecs de gestió que es duguin a terme a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a la mateixa administració pública.*

Per tant, els efectes de les modificacions de l'article 3.1 del TRLCAP, introduïdes pel RDL 5/2995, poden sistematitzar-se així:

En primer lloc, es redueix l'àmbit territorial de l'exclusió de l'aplicació del TRLCAP derivada de l'apartat c) del seu article 3.1, ja que, mentre abans s'excloïen d'aquest àmbit tots els convenis de col·laboració formalitzats entre l'Administració general de l'Estat i la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques o entre qualssevol d'ells entre si, resulta que, després de la modificació del precepte, aquesta exclusió es limita ara als convenis de col·laboració subscrits entre aquestes persones jurídicopúbliques si hi concorre una de les circumstàncies següents:

- Que l'objecte no sigui el propi dels contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència o de servei regulats en el TRLCAP.
- Que, sent l'objecte el propi d'un d'aquests contractes, el seu import sigui inferior a les quanties especificades en els articles 135.1, 177.2 i 203.2 del TRLCAP.

Per tant, no es podran formalitzar convenis de col·laboració entre administracions o entitats jurídicopúbliques l'objecte de les quals sigui el propi d'algun d'aquests contractes quan l'import sigui igual o superior a aquestes quanties, quedant aquests supòsits subjectes a l'aplicació del TRLCAP. Per això, s'han d'adjudicar conformement als procediments que s'hi estableixen, tret que, al seu torn, calgui aplicar-hi l'exclusió continguda en el nou apartat l) del propi article 3.1, a la qual després es farà referència, i puguin ser objecte d'un acord d'encàrrec de gestió.

El text de la lletra d) de l'article 3.1 del TRLCAP no s'ha modificat, de manera que l'exclusió de l'aplicació del TRLCAP derivada d'aquest apartat encara afecta, en allò que interessa, únicament els convenis de col·laboració formalitzats entre l'Administració de la Comunitat

Autònoma o els seus organismes i entitats públiques amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat l'objecte del qual no estigui comprès en els contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials.

En conseqüència, no es podran formalitzar convenis de col·laboració entre les administracions o entitats públiques, d'una banda, i entitats privades —encara que es tracti de societats o fundacions del sector públic— d'una altra, l'objecte del qual sigui el propi d'un contracte administratiu, sigui dels típics regulats en el TRLCAP, o sigui un contracte administratiu especial. Aquests supòsits queden subjectes a l'aplicació del TRLCAP i per això s'han d'adjudicar d'acord amb els procediments que s'hi estableixen tret que, al seu torn, hi resulti aplicable l'exclusió continguda en el nou apartat l) del propi article 3.1 i puguin ser objecte d'un acord d'encàrrec de gestió.

La introducció del nou apartat l) en l'article 3.1 del TRLCAP implica que les regles derivades de l'apartat c) —en la nova redacció— i de l'apartat d) —que en manté la redacció original— han de quedar matisades per la consideració que, no obstant el que s'estableix en aquests apartats, estaran en tot cas exclosos de l'aplicació del TRLCAP els acords d'encàrrecs de gestió fets *a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a la pròpia Administració pública*.

És obvi que, si no s'hagués introduït aquesta previsió en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, resultaria que aquests encàrrecs de gestió, si es verificuessin a favor de les entitats públiques enumerades en l'apartat c) i el seu objecte fos constitutiu d'algun dels contractes d'obres, de subministraments, de consultoria i assistència o de serveis regulats en el citat text legal, quedarien sotmesos a aquest, sempre que el seu import superés les quanties establertes en el citat precepte. I si es verificuessin a favor d'entitats privades del sector públic —com les societats de capital públic a què es refereix expressament— quan el seu objecte fos el propi d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, també quedarien subjectes al TRLCAP, sigui quina sigui la quantia, per imperatiu de l'apartat d) del mateix article 3.1.

No obstant això, com que s'introdueix la regla continguda en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, s'han d'entendre exclosos de l'àmbit d'aquesta Llei els acords d'encàrrec de gestió fets per una administració, organisme o entitat pública a favor de les entitats públiques o privades que en depenen (en els termes als quals més endavant es farà referència), i això fins i tot quan l'objecte de la gestió encarregada coincideixi amb el d'algun dels contractes als quals al·ludeixen, en cada cas, els apartats c) i d) del mateix article 3.1, o quan l'import superi, en el cas dels encàrrecs de gestió a favor d'entitats públiques, les quanties fixades en l'apartat c) del precepte reiteradament citat.

Tercera. Aquesta interpretació de l'abast de les previsions contingudes en la nova redacció de l'apartat c) i en el nou apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, es confirma plenament si s'examinen els antecedents històrics i legislatius i l'esperit i finalitat de les normes esmentades, utilitzant els criteris interpretatius a què fa referència l'article 3.1 del Codi civil.

En aquest sentit, ha de tenir-se en compte que la raó per la qual el legislador introdueix en el TRLCAP les modificacions contingudes en l'article 34 del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març —i que justifica la utilització d'aquest excepcional instrument normatiu, l'ús del qual es troba restringit per l'article 86.1 de la Constitució espanyola als casos d'extraordinària i urgent necessitat— no és sinó donar immediat compliment a la Sentència dictada per la Sala Segona del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) amb data 13 de gener de 2005, en l'assumpte C-84/03, tramitat com a conseqüència del recurs per incompliment interposat per la Comissió contra el regne d'Espanya. Així consta en l'apartat V de l'exposició de motius del Reial decret llei, en el qual s'assenyala el següent:

La urgència de la reforma legislativa explicitada es deriva de la recent Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, de 13 de gener de 2005, que obliga Espanya a reformar la normativa referent a l'adjudicació de contractes públics, i a més es deriva de la correcta adaptació al dret espanyol dels principis i criteris jurídics en matèria de contractació pública.

Pel que fa a allò que interessa en aquest informe, la Sentència del TJCE declara que *el Regne d'Espanya ha incomplert les obligacions que li incumbeixen en virtut de la Directiva 93/36/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament, i la Directiva 93/37/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, atès que no ha adaptat correctament el seu ordenament jurídic intern a les directives esmentades i, en particular: (.../...) atès que ha exclòs de forma absoluta de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques i, en concret, en l'article 3, apartat 1, lletra c) d'aquest, els convenis de col·laboració que formalitzin les administracions públiques amb les altres entitats públiques i, per tant, també els convenis que constitueixin contractes públics a l'efecte d'aquestes directives, decisió que es fonamenta en les consideracions següents:*

37. Segons les definicions contingudes en l'article 1, lletra a), de les directives 93/36 i 93/37, un contracte públic de subministrament o d'obres suposa l'existència d'un contracte a títol oneros formalitzat per escrit entre un proveïdor o un contractista, d'una banda, i una entitat adjudicatària —en el sentit de l'article 1, lletra b)—, per l'altra, d'aquestes directives i que tingui per objecte la compra de productes o l'execució de determinat tipus d'obres.

38. D'acord amb l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre un ens territorial, d'una banda, i una persona jurídicament distinta, de l'altra. Només pot ser d'una altra manera en el cas que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona dugui a terme la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen (Sentència Teckal, abans esmentada, apartat 50).

39. Tenint en compte la identitat dels elements constitutius de la definició de contracte en les directives 93/36 i 93/37, llevat de l'objecte del contracte considerat, cal aplicar la solució adoptada així en la Sentència Teckal, abans esmentada, als acords interadministratius als quals s'aplica la Directiva 93/37.

40. En conseqüència, atès que exclou a priori de l'àmbit d'aplicació del text refós les relacions entre les administracions públiques, els seus organismes públics i, en general, les entitats de dret públic no mercantils, sigui quina

sigui la naturalesa d'aquestes relacions, la normativa espanyola de què es tracti en aquest cas constitueix una adaptació incorrecta del dret intern a les directives 93/36 i 93/37.

41. En aquestes circumstàncies, cal estimar el segon motiu de la Comissió.

La Sentència Teckal —a la qual s'al·ludeix en els apartats 38 i 39 de l'anterior— és la dictada per la Sala Cinquena del TJCE amb data 18 de novembre de 1999, en l'assumpte C-107/98, tramitat com a conseqüència de la petició dirigida al TJCE pel Tribunal Administratiu Regional per la Emilia-Romagna (Itàlia), destinada a obtenir, en el litigi pendent en aquest òrgan entre Teckal, Srl i Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) de Reggio Emilia, una decisió prejudicial sobre la interpretació de l'article 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consell, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis. En aquesta rellevant sentència, el TJCE va declarar:

46. El municipi de Viano, com a ens territorial, és una entitat adjudicadora en el sentit de l'article 1, lletra b) de la Directiva 93/36. Per tant, correspon al jutge nacional verificar si la relació entre aquest municipi i l'AGAC reuneix també els altres requisits exigits per la Directiva 93/36 per a constituir un contracte públic de subministrament.

47. Així serà. D'acord amb l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, si es tracta d'un contracte formalitzat per escrit a títol oneros que té per objecte, en particular, la compra de productes.

48. Consta, en el cas que ens ocupa, que l'AGAC subministra productes, a saber, combustible, al municipi de Viano mitjançant pagament d'un preu.

49. Pel que fa a l'existència d'un contracte, el jutge nacional ha de verificar si ha existit un conveni entre dues persones distintes.

50. Quant a això, segons l'article 1, lletra a), de la Directiva 93/36, basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre, d'una banda, un ens territorial i, de l'altra, una persona jurídicament distinta. Només pot ser d'una altra manera en el cas que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre

la persona de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen.

51. Per tant, cal respondre, a la qüestió prejudicial, que la Directiva 93/63 és aplicable quan una entitat adjudicatària, com ara un ens territorial, projecta formalitzar per escrit, amb una entitat formalment distinta i autònoma respecte a ella des del punt de vista decisor, un contracte a títol onerós que té per objecte el subministrament de productes, independentment que aquesta entitat sigui o no, en si mateixa, una entitat adjudicadora.

En resum, d'acord amb la doctrina establerta pel TJCE en la Sentència Teckal —reproduïda en la Sentència de 13 de gener de 2005 (per al compliment del qual es va dictar el Reial decret llei 5/2005)—, resulta que varen quedar subjectes a la normativa comunitària tots els contractes l'objecte dels quals sigui algun dels previstos en les corresponents directives sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics, quan se formalitzin a títol onerós i per escrit, entre una entitat adjudicatària (en el sentit que les citades directives atribueixen al terme) i un contractista o proveïdor que sigui una persona jurídicament distinta d'aquella entitat i autònoma respecte d'ella des del punt de vista de l'adopció de les seves decisions.

No obstant això, i segons aquesta mateixa doctrina, no quedaran subjectes a la normativa comunitària sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics aquelles relacions de col·laboració que, encara que reuneixin aquestes característiques quant al seu objecte, caràcter onerós i forma escrita, se formalitzin entre una entitat adjudicadora i una persona que, tot i ser jurídicament diferent, es trobi sota el ple control d'aquesta entitat adjudicadora i dugui a terme respecte d'ella la part essencial de la seva activitat (com diu literalment el TJCE, *ahora, l'ens territorial exerceix sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen*) circumstàncies que configuren la situació econòmicajurídica denominada *in house providing*, en el marc de la qual el contractista, fins i tot quan formalment ostenta personalitat jurídica pròpia i independent de la del contractant que li encarrega l'execució de les prestacions contractuals, en realitat no és

altra cosa que un mitjà instrumental del contractant, completament dependent i sense una veritable capacitat decisòria autònoma, cosa que exclou la naturalesa contractual i converteix en instrumental la relació jurídica entre aquestes parts.

Quarta. Són aquests els pronunciaments del TJCE que el legislador nacional ha tractat d'acomplir en introduir en l'article 3.1 del TRLCAP les modificacions abans exposades, reformant l'apartat c) i incorporant un nou apartat l) al precepte, a fi que:

- Queden sotmesos a l'aplicació del TRLCAP i no puguin instrumentar-se a través de convenis de col·laboració entre administracions i entitats públiques els contractes que, pel seu objecte i imports, s'hagin de trobar subjectes a les corresponents normes comunitàries, sempre que l'administració que actuï com a contractista o proveïdor gaudeixi d'autonomia decisòria respecte de l'administració que actuï com a entitat adjudicadora (supòsit de l'apartat c).
- I, en canvi, no queden sotmesos al TRLCAP i poden instrumentar-se a través d'acords d'encàrrecs de gestió fets entre una administració o entitat pública, d'una banda, i una entitat pública o privada del sector públic, de l'altra, encara en el cas que pel seu objecte i import hagin d'estar, en principi, subjectes a la normativa comunitària, sempre que es donin els requisits delimitats pel TJCE per a considerar que existeix un cas de *in house providing* o utilització de mitjans merament instrumentals: que l'administració o entitat pública que actua com a entitat adjudicadora exerceixi sobre l'entitat pública que actua com a contractista o proveïdor un control anàleg al que ostenta sobre els propis serveis i que, al mateix temps, aquesta entitat faci la part essencial de la seva activitat amb aquella administració o entitat pública que la controla plenament (supòsit de l'apartat l de l'article 3.1).

S'ha de destacar que, fins i tot quan aquests dos requisits establerts per la doctrina del TJCE abans exposada no figurin recollits explícitament en la redacció del nou paràgraf l) de l'article 3.1 del TRLCAP (únicament

pot considerar-se que s'al·ludeix a un d'ells, el relatiu al control anàleg a l'exercit sobre els propis serveis, en esmentar, en el cas de les societats públiques, que el seu capital ha de ser íntegrament de titularitat de l'administració que encarrega), es considera imprescindible que concorrin en tot cas per a poder considerar que els encàrrecs de gestió a què es refereix aquest precepte queden excloses de l'aplicació del TRLCAP, fet que no seria possible, d'acord amb aquesta doctrina jurisprudencial, en el supòsit que falti qualsevol d'aquests requisits.

Cinquena. Atès l'àmbit legislatiu i jurisprudencial d'aplicació a la matèria que s'examina, podrien obtenir-se les conclusions específiques següents:

1. Sobre els convenis de col·laboració

1.1.1 Supòsits admesos com a convenis de col·laboració i que quedarien exclosos del TRLCAP

Segons el que s'estableix en els apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP, poden instrumentar-se a través de convenis de col·laboració i es troben exclosos de l'aplicació del TRLCAP els que a continuació es detallen, que s'han de regir per les seves normes especials i se'ls ha d'aplicar solament els principis del TRLCAP per a resoldre els dubtes i llacunes que puguin presentar-s'hi (art. 3.2 del TRLCAP):

a) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i la resta d'entitats públiques, així com els que formalitzin entre si els organismes i entitats públics abans esmentats, sempre que hi concorri, alternativament, almenys una de les circumstàncies següents:

- Que la matèria sobre la qual versi no sigui objecte d'un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o de serveis.
- O que, si la matèria sobre la qual versa és objecte d'un d'aquests contractes, el seu import sigui inferior —almenys en l'actualitat— a les quanties següents:

Per als contractes d'obra, 5.278.000 €, IVA exclòs.

Per als contractes de subministrament, 137.000 €, IVA exclòs.

Per als contractes de consultoria i assistència o de serveis:

200.000 €, IVA exclòs, en els contractes de la categoria 8 (investigació i desenvolupament) de l'article 206 del TRLCAP i en els contractes de la categoria 5 (telecomunicació) del mateix precepte, quan consisteixin en serveis de difusió d'emissions de televisió i de ràdio, en serveis de connexió i en serveis integrats de telecomunicacions.

137.000 €, IVA exclòs, en la resta de contractes de les categories 1 a 16 de l'article 206 del TRLCAP, si els convenis són formalitzats per l'Administració general de l'Estat i els seus organismes autònoms.

211.000 €, IVA exclòs, en la resta de contractes de les categories 1 a 16 de l'article 206 del TRLCAP, si els convenis són formalitzats per la resta d'organismes i entitats públics estatals.

- b) Els convenis de col·laboració que formalitzi l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats de dret públic del sector públic autonòmic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, incloses les societats mercantils públiques o fundacions del sector públic, sempre que el seu objecte no estigui comprès en el dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, qualsevol que en sigui la quantia.

1.2 Supòsits no admesos com a convenis de col·laboració i que queden subjectes al TRLCAP

De conformitat amb el que s'estableix en els apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP (interpretats a *contrari sensu*) resulta que no poden instrumentar-se a través de convenis de col·laboració els supòsits que a continuació es detallen, que constitueixen veritables contractes públics i queden, per això, subjectes a l'aplicació del TRLCAP en l'extensió que calgui, depenent, lògicament, del nivell de subjecció al citat text legal de l'administració o entitat contractant de conformitat amb les previsions dels articles 1 i 2 de la disposició addicional sisena del mateix TRLCAP (aplicació íntegra; aplicació de les prescripcions relatives a la capacitat de les empreses, publicitat, procediments de licitació i formes d'adjudicació; o aplicació dels principis de publicitat i concurrència):

- a) Els que formalitzi l'Administració general de l'Estat amb la Seguretat Social, les comunitats autònomes, les entitats locals, els seus respectius organismes autònoms i les restants entitats públiques, així com els que formalitzin entre si els organismes i entitats públics abans esmentats, sempre que hi concorrin, acumulativament, les circumstàncies següents:
- Que la matèria sobre la qual versí constitueixi l'objecte d'un contracte d'obres, de subministrament, de consultoria i assistència o de serveis.
 - I, a més, que l'import sigui igual o superior a les quanties recollides en l'epígraf 1.1.a) d'aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe.

Tanmateix, els contractes als quals es refereix aquest apartat no quedaran subjectes al TRLCAP quan estiguin compresos en l'excepció descrita en l'apartat 1.3 següent, d'aquesta consideració jurídica CINQUENA. En aquest cas podran instrumentar-se a través d'un acord d'encàrrec de gestió.

- b) Els que formalitzi l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes autònoms, empreses públiques i la resta d'entitats de dret públic del sector públic autonòmic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat,

incloses les societats mercantils autonòmiques i fundacions del sector públic autonòmic, si n'hi ha, sempre que l'objecte estigui comprès en el dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, sigui quina sigui la quantia.

Tanmateix, els contractes als quals es refereix aquest apartat no quedaran subjectes al TRLCAP quan estiguin compresos en l'excepció descrita en el següent apartat 1.3 d'aquesta consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe i punt 2 següent, d'aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA, en aquest cas podran materialitzar-se a través del corresponent instrument d'encàrrec de gestió.

1.3 Supòsits no admesos com a convenis de col·laboració, sinó com a acords d'encàrrec de gestió, i que no queden subjectes al TRLCAP

Els supòsits prevists en els apartats a) i b) del punt 1.2 immediatament anterior, no quedaran subjectes al TRLCAP —i això encara que el seu objecte coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP mateix o en normes administratives especials i el seu import sigui igual o superior a les quanties abans expressades— quan hi concorrin les circumstàncies previstes en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP en els termes establerts en aquesta mateixa consideració jurídica CINQUENA d'aquest informe. En aquest cas, es podran instrumentar mitjançant acords d'encàrrec de gestió fets per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes o entitats públiques a favor d'una entitat pública o privada dependent de la que encarrega.

2. Sobre els encàrrecs de gestió

D'acord amb el que es preveu en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP, estaran directament excloses de l'aplicació del TRLCAP ***els encàrrecs de gestió que es facin a les entitats i a les societats el capital de les quals pertanyi totalment a l'administració pública mateixa.***

Aquests encàrrecs de gestió s'han de regir per les seves normes especials i se'ls ha d'aplicar solament els principis del TRLCAP per a resoldre els dubtes i llacunes que puguin presentar-s'hi (article 3.2 del TRLCAP).

Vist això —i tenint en compte com a criteri interpretatiu de la previsió continguda en l'apartat I) de l'article 3.1, del TRLCAP, la doctrina sobre la figura de l'*in house providing* (en aplicació de la qual s'havia dictat la Sentència del TJCE de 13 de gener de 2005, per a l'execució del qual, com es va exposar, s'introdueixen en el TRLCAP, pel Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, les modificacions d'aqueix precepte)— **pot afirmar-se que els encàrrecs de gestió fets per l'Administració de la Comunitat Autònoma, els seus organismes o entitats públiques haurien d'entendre's emparats en l'apartat I) de l'article 3.1 del TRLCAP i, per tant, exclosos de l'aplicació del TRLCAP, encara que el seu objecte coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP mateix o en normes administratives especials i amb independència de la seva quantia, quan hi concorrin les circumstàncies següents:**

a) Que es facin a favor d'alguna de les entitats següents:

- a.1) Organismes autònoms, entitats públiques empresarials o altres entitats de dret públic del sector públic autonòmic (ja que totes queden compreses en la dicció entitats de l'apartat I de l'article 3.1 del TRLCAP) sempre que hi concorrin, acumulativament, les circumstàncies següents:
- Que l'administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió exerceixi sobre l'organisme o entitat pública que la rep un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis.
 - I a més, que aquest organisme o entitat a favor de la qual s'acorda l'encàrrec de gestió faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga.

Pel que fa a això, cal destacar que, en reduir l'àmbit de l'exclusió del TRLCAP dels convenis de col·laboració entre administracions, organismes o entitats públics mitjançant la nova redacció donada a l'apartat c) de l'article 3.1, el legislador ha modificat el criteri que l'encàrrec de gestió quedava en tot cas exclòs del TRLCAP quan es feia entre administracions o entitats públiques, que es plasmava en el contingut de l'article 15, apartats 1, 3 i 4 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJ-PAC). Aquests apartats s'han d'entendre parcialment modificats després de l'entrada en vigor de la modificació introduïda en l'article 3.1 del TRLCAP pel Reial decret llei 5/2005, que només permet aquests encàrrecs a favor d'entitats plenament controlades per l'administració pública que fa l'encàrrec a l'empara de la lletra l) de l'article 3.1 o, mitjançant conveni de col·laboració, quan quedi exclòs del TRLCAP segons la nova redacció de la lletra c) de l'article 3.1.

a.2) Societats mercantils autonòmiques, sense perjudici del que més endavant s'indicarà, el capital de les quals pertanyi totalment a **l'Administració de la Comunitat Autònoma, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió a favor seu, i fundacions del sector públic autonòmic** —a les primeres s'al·ludeix expressament en l'apartat l) de l'article 3.1 del TRLCAP i les segones queden compreses en el terme entitats utilitzat pel precepte—, **sempre que hi concorrin acumulativament, les circumstàncies següents:**

- Que l'Administració, organisme o entitat pública que fa l'encàrrec de gestió exerceixi sobre la societat o fundació que la rep un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis.
- I a més, que aquesta societat o fundació a favor de la qual s'acorda l'encàrrec de gestió faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga.

Pel que fa a això, ha de destacar-se que, en introduir en l'article 3.1 del TRLCAP el nou apartat l) —en el qual s'estableix expressament

la possibilitat que els encàrrecs de gestió es facin a favor de les societats mercantils el capital de les quals els pertany totalment, i de la redacció de la qual es dedueix, implícitament, que també poden fer-les a favor d'altres entitats privades del sector públic—, el legislador ha modificat el criteri que l'encàrrec de gestió no podia fer-se a favor de persones sotmeses a dret privat, que es plasmava en l'article 15.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), que ha d'entendre's parcialment modificat després de l'entrada en vigor de la modificació introduïda en l'article 3.1 del TRLCAP pel Reial decret llei 5/2005, que permet aquests encàrrecs a favor de determinades persones juridicoprivades plenament controlades per l'administració pública que encarrega.

Encara que el paràgraf l) de l'article 3.1 del TRLCAP al·ludeixi a entitats i societats el capital de les quals pertanyi totalment a l'administració pública mateixa —cosa que, d'acord amb la dicció literal del mateix precepte, ens dona entenent, en principi, que només és possible l'encàrrec de gestió a una entitat o societat el capital de la qual pertanyi exclusivament i únicament a l'Administració (o entitat de dret públic) que fa l'encàrrec—, també podria interpretar-se com admissible que pogués fer-se l'encàrrec de gestió a una entitat o societat el capital de la qual, sempre que sigui exclusivament públic, pertanyi a diverses administracions públiques amb competències o fins concurrents (sia mitjançant participació directa d'aquestes administracions públiques en el capital de l'entitat o societat, sia mitjançant participació indirecta en aquest capital) sempre que aquesta entitat estigui sotmesa al control únic i exclusiu, per bé que conjunt, d'aquestes administracions públiques.

Aquest criteri excepcional podria fundar-se en la consideració que la jurisprudència del TJCE admet, com a supòsit de la situació denominada *in house providing* —i, per tant, com a supòsit exclòs de l'aplicació de les prescripcions del dret comunitari sobre contractació pública—, no només el cas que l'entitat instrumental sigui controlada únicament i exclusivament per un sol poder

adjudicador (de la qual cosa s'infereix que el capital de l'entitat instrumental té com a únic titular el poder adjudicador) sinó també el cas que l'entitat instrumental estigui sotmesa al control únic i exclusiu, per bé que conjunt, de diversos poders adjudicadors (d'això es dedueix que el capital de l'entitat instrumental ha de tenir com a titulars diversos poders adjudicadors). Així ho reconeix l'esmentada Sentència de 18 de novembre de 1999 (C-107/98), dictada en l'assumpte Teckal, la qual, en l'apartat 50, al·ludeix que la part essencial de l'activitat de l'entitat instrumental es faci amb l'ens o els ens que la controlen. La Sentència d'11 de gener de 2005 (C-26/93), dictada en l'assumpte Stadt Trobi, es pronuncia en els mateixos termes, ja que, en l'apartat 49 al·ludeix que la part essencial de l'activitat de l'entitat instrumental es faci amb l'autoritat o autoritats públiques que la controlen, la qual cosa indubtablement suposa admetre el cas d'entitat instrumental constituïda o creada per dues o més administracions públiques i sotmesa al control exclusiu d'aquestes, que, per tant, són les cotitulars del capital de l'entitat instrumental.

Davant aquests pronunciaments del TJCE, i ja que la interpretació de les modificacions introduïdes en matèria de contractació de les administracions públiques per Reial decret llei 5/2005, d'11 de març —entre elles, la de l'article 3.1.1) del TRLCAP ha de tenir com referent necessari la doctrina assegada per aquest Tribunal (l'esmentat Reial decret llei es va promulgar a fi de donar compliment a la sentència del TJCE mateix de 13 de gener de 2005 en la qual expressament es recull la doctrina de la sentència Teckal)—, no cal donar primacia a una interpretació literalista i restrictiva de l'article 3.1.1) del TRLCAP i, per tant, ha d'arribar-se a la conclusió que aquesta interpretació ens mena envers el criteri assegut pel Tribunal esmentat.

Pot, doncs, concloure's la possible admissibilitat de l'encàrrec de gestió a què es refereix l'article 3.1.1) del TRLCAP a una entitat el capital de la qual sigui exclusivament públic, encara que pertanyi, directament o indirectament, a dues o més administracions públiques, sempre que hi concorri la resta de condicions exigides per la mateixa jurisprudència del TJCE (que la part essencial de

l'activitat que faci l'entitat que rep l'encàrrec es faci per a les administracions públiques partícips en el capital d'aquesta entitat i que, com a exigència implícita del que s'ha dit, no hi hagi participació, encara que sigui minoritària, de capital privat).

b) Que s'hi observin les exigències contingudes en relació amb els encàrrecs de gestió en l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC):

- Que l'objecte sigui la realització d'activitats de caràcter material, tècnic o de serveis de la competència dels òrgans de l'Administració General de l'Estat, que l'encàrrec als organismes o entitats abans indicats es consideri convenient per raons d'eficàcia o per manca dels mitjans tècnics idonis per al seu acompliment (article 15.1 de la LRJ-PAC).

És perfectament possible que l'objecte de l'encàrrec de gestió, definit en aquests termes, coincideixi amb el d'algun dels contractes regulats en el TRLCAP o en normes administratives especials, i que la seva quantia excedeixi les previstes en la lletra c) de l'article 3.1 d'aquest text legal. En aquests casos, no serà aplicable el TRLCAP, atès que la regla establerta en els apartats c) i d) del seu article 3.1 ha d'entendre's, al seu torn, sotmesa a l'excepció derivada de l'aplicació de la previsió continguda en l'apartat l) del mateix precepte, d'acord amb la jurisprudència comunitària que inspira la reforma.

- Que es formalitzi per acord exprés de l'administració, organisme o entitat pública que l'atorga i de l'organisme o entitat que rebi l'encàrrec de gestió. Aquest acord d'encàrrec de gestió no ha de rebre necessàriament la denominació de conveni de col·laboració, a fi d'evitar qualsevol dubte relatiu a la possible aplicació de les previsions dels apartats c) i d) de l'article 3.1 del TRLCAP.

En l'acord d'encàrrec de gestió ha d'incloure's, almenys, l'esment exprés de l'activitat o activitats encarregades, el termini de vigència i la naturalesa i abast de la gestió encarregada (article 15.3 de la LRJ-PAC).

- Que l'acord d'encàrrec de gestió, i la seva eventual resolució, siguin publicats en el butlletí oficial de la comunitat autònoma (article 15.3 de la LRJPAC).

Sisena. L'Empresa de Transformació Agrària, SA (TRAGSA) és una entitat integrant del sector públic empresarial estatal (art. 3, Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària) que duu a terme la prestació de serveis essencials en diverses matèries.

Aquesta empresa, d'acord amb el que es disposa en l'article 88.4 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, fou qualificada com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració, per la qual cosa queda "obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu, per si mateixa o les seves filials, els treballs que li encarreguin l'Administració general, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin, en les matèries que constitueixen l'objecte social de l'empresa i, especialment, aquells que siguin urgents o que s'ordenin com a conseqüència de les situacions d'emergència que es declarin."

De la mateixa manera, a escala autonòmica, la Llei 9/1997, de 22 de desembre, de mesures tributàries i administratives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, va dedicar l'article 24 a la regulació de les actuacions que, a títol obligatori, duguin a terme les empreses de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (aquelles a les quals es refereix l'article 1.b), de la Llei 3/1989, de 31 de març, d'entitats autònomes i empreses públiques i vinculades de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears) amb la consideració de mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració autonòmica i, en el punt 5 d'aquest article 24, va disposar —de manera expressa i indubtable— que:

El règim previst en els punts anteriors (la consideració com a mitjà propi instrumental i servei tècnic autonòmic) és aplicable, en els mateixos termes, a les obres, els treballs i les activitats que la societat estatal Empresa de Transformació Agrària, Societat Anònima, (TRAGSA), com a mitjà de desenvolupament rural i de conservació del medi ambient, duu a terme, a títol obligatori i per

ordre de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en territori de la comunitat autònoma.

Els precedents legals que s'acaben d'exposar varen ser aprovats pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STJCE de 8 i maig de 2003, St. TRAGSA) quan aquest tribunal va declarar el següent:

Pel que fa a les conseqüències de considerar TRAGSA com a part de l'Administració pública, cal recordar que el Tribunal de Justícia ha admès una excepció a l'aplicació de les directives en matèria d'adjudicació de contractes públics, anomenada *in house providing*, relativa als contractes formalitzats per una entitat adjudicadora amb determinats organismes públics que hi estiguin vinculats. Els límits d'aquesta excepció es varen detallar, en particular, en les sentències de 18 de novembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-11037), apartat 50 i de 7 de desembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartat 40. D'aquestes sentències es desprèn que, no havent-hi cap excepció expressa, per elaborar un contracte públic basta, en principi, que el contracte hagi estat formalitzat entre un ens territorial, d'una banda, i una persona jurídicament distinta, per una altra. Només pot ser d'una altra manera en el cas que l'ens territorial exerceixi sobre la persona de què es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i, alhora, aquesta persona faci la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen.

Això és el que succeeix en aquest assumpte. En efecte, en virtut de l'article 88, apartat 4, de la Llei 66/1997, de 30 de desembre de 1997, TRAGSA (en tant que mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'administració espanyola) és obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu, per si mateixa o les seves filials, els treballs que li encarreguin l'Administració General de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin. Segons els apartats 1 i 2 d'aquest article, TRAGSA és una societat estatal en el capital social de la qual poden participar les comunitats autònomes mitjançant l'adquisició d'accions.

Per tant, les autoritats espanyoles podien encarregar legítimament a TRAGSA els treballs relatius a la implantació del registre oleícola sense recórrer al procediment de licitació.

Conseqüentment, la societat estatal Empresa de Transformació Agrària (TRAGSA) està considerada —pel TJCE— com a mitjà propi instrumental i servei tècnic de l'Administració espanyola i obligada a dur a terme amb caràcter exclusiu els treballs que li encarreguin l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els organismes públics que en depenguin.

Aquesta consideració jurídica ha de posar-se en relació —ara— amb la situació derivada de la translació —a l'ordenament positiu espanyol— de la Jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (Sentència de 16 d'octubre de 2003, Assumpte C.283/00 i Sentència de 13 de gener de 2005, Assumpte C-84/03) mitjançant la seva incorporació al text del Reial decret llei 5/2005, d'11 de març, que, en relació amb la qüestió que s'examina, permet obtenir les següents

Conclusions

1. No hi resulta aplicable la legislació de contractació pública quan es tracta dels denominats “contractes domèstics” (*in house providing*), o sia els formalitzats entre una administració pública i un ens instrumental que en depengui (organisme autònom, entitat pública empresarial, societat mercantil de capital íntegrament públic) quan concorrin els requisits que l'administració pública que fa l'encàrrec exerceixi un control anàleg al que exerceix sobre els propis serveis i que aquest ens instrumental faci la part essencial de la seva activitat amb l'administració que la controla (STJCE d'11 de gener de 2005).
2. Excepcionalment, aquesta característica d'ens instrumental (mitjà propi i servei tècnic de l'Administració) pot considerar-se que concorre —per així haver estat declarat legalment i jurisprudencialment— en TRAGSA, respecte de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, per tal com:

La Llei estatal 66/1997, de 30 de desembre i la Llei balear 9/1997, de 22 de desembre, en unió de la Sentència TJCE, de 8 de maig de 2003, declaren —expressament— la seva naturalesa de mitjà instrumental respecte no tan sols de l'Estat sinó també de les comunitats autònomes.

De la mateixa manera, les normes esmentades i la Sentència del TJCE proclamen l'obligatorietat —per a TRAGSA— de dur a terme els encàrrecs que li encomanin, si s'escau, les comunitats autònomes.

Finalment, no hi ha cap dubte de la titularitat pública de l'íntegre capital social de TRAGSA, per la qual cosa, encara de manera excepcional i limitat a aquest cas- pot entendre's que en l'encàrrec d'un treball a TRAGSA per una comunitat autònoma (amb força d'obligar respecte de l'empresa pública, que no podrà rebutjar l'encàrrec) concorren els requisits necessaris perquè pugui excloure's la legislació de contractes públics en els termes i condicions a què es refereix el cos d'aquest informe.

Informe 2/06, de 23 de febrer de 2006

Contractes de societat mercantil municipal. Compatibilitat de membre del seu consell d'administració.

Antecedents

La batlessa en funcions de l'Ajuntament de Alcúdia (Illes Balears) remet petició de data 2 de febrer de 2006, d'informe a aquesta Junta Consultiva del tenor següent:

“D’acord amb el que preveu la Disposició Addicional Segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, sol·licit l’emissió d’un informe relatiu a: si un membre del consell d’administració de l’empresa municipal de serveis d’Alcúdia (EMSA) pot incórrer en causa d’incompatibilitat a l’hora de contractar amb la citada empresa municipal.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. El present informe ho sol·licita l'Ajuntament de Alcudia, per al que està legitimat en virtut del previst en la Disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.
2. A l'esmentat escrit de petició d'informe s'adjunta altre jurídic del Secretari de la Corporació Municipal, conforme al que disposa l'article 16.3 del Reglament d'Organització i Funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per Acord del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, de 10 d'octubre de 1997.
3. La documentació que s'aporta amb l'escrit de consulta es creu prou per a poder emetre el present informe, atès que es compleixen tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Per a respondre a la consultant cal buidar el dubte de si és d'aplicació o no al cas proposat, la vigent legislació espanyola

sobre prohibicions de contractar amb l'Administració (aquí amb les Corporacions Locals), el que va a suposar haver de concretar la normativa que preveu les prohibicions i, per tant, les incompatibilitats.

En el cas objecte de consulta hi ha la circumstància que del Consell d'Administració de l'Empresa Municipal de Serveis d'Alcúdia (EMSA), forma part una persona que, alhora, és membre d'una empresa constituïda en societat limitada que duu el seu nom (dedicada a l'activitat d'obres) i que ostenta en aquesta darrera el càrrec d'Administrador. Aquesta circumstància o dualitat ha induït a l'Ajuntament d'Alcúdia, per haver-hi un dubte fundat, a instar davant aquesta Junta Consultiva el present informe sobre la possible incompatibilitat d'aquest contractista d'obra amb el càrrec de Conseller de EMSA.

Segona. Per a respondre a aquesta pregunta s'ha de procedir, primerament, a examinar la naturalesa jurídica de la societat EMSA.

Segons la informació remesa amb la petició d'informe, l'Empresa Municipal de Serveis d'Alcúdia, SA (EMSA), és una societat anònima l'únic soci de la qual és l'Ajuntament d'Alcúdia i el seu objecte social és la gestió de serveis municipals; serveis i funcions d'assessorament i estudi en general; elaboració de plans de viabilitat i reconversió; gestió de tot tipus d'instruments i tributs, i/o convenients per a les actuacions municipals i econòmiques del terme municipal d'Alcúdia.

A la vista d'aquesta informació, i en relació amb la pregunta formulada, procedeix examinar quin és la legislació aplicable a EMSA en matèria de contractació.

Tercera. Referent a això cal referir-se a la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (LCAP), el text refós de les quals va ser aprovat pel R. D. Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, i examinar el capítol I del títol I per a així saber si té cabuda, en l'àmbit d'aplicació de la llei, l'activitat contractual que pugués desenvolupar EMSA.

L'estudi cal plantejar-lo des d'una doble vessant: subjectiva i objectiva.

Des del punt de vista subjectiu, l'article 2.1 LCAP, disposa que quedaran subjectes a les prescripcions de la LCAP quant a la capacitat de les empreses per a contractar (tema que ens ocupa) les societats mercantils creades per a satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil, sempre que, a més, concorri algun dels requisits continguts en el paràgraf b) de l'apartat 3 de l'article 1 de la mateixa llei, i que són:

- a) Que extracti d'entitats l'activitat de les quals estigui majoritàriament finançada per les Administracions Públiques o altres entitats de Dret públic.
- b) Que la seva gestió es trobi sotmesa a un control per part d'aquestes Administracions Públiques o altres Entitats de Dret Públic.
- c) Que els seus òrgans d'administració, d'adreça o vigilància estiguin composts per membres més de la meitat dels quals siguin nomenats per les Administracions Públiques i altres Entitats de Dret públic.

Doncs bé, no hi ha dubte que EMSA, per les característiques que concorren en ella, entra de ple en l'àmbit d'aplicació d'aquest article ja que ha estat creada per a satisfer específicament necessitats d'interès general de l'Ajuntament d'Alcúdia (gestió de serveis municipals), a més d'estar sotmesa al cent per cent al control del mateix Ajuntament, únic accionista de l'entitat municipal.

Des del punt de vista objectiu cal referir-se al mateix article i apartat anterior, o sigui, article 2.1 de la LCAP que diu que quedaran subjectes a les prescripcions de la LCAP quant a capacitat de les empreses per a contractar (tema que ens ocupa) les societats mercantils que hem descrit en el punt anterior quan duguin a terme contractes d'obra, subministraments, de consultoria i assistència i de serveis de quantia igual o superior a l'assenyalada en aquest mateix precepte.

Conseqüentment amb el que s'ha dit i en relació amb l'anterior qüestió proposada, el tema de les prohibicions de contractar amb l'Administració Pública de l'article 20 de la LCAP afectaria a EMSA quant a la licitació de contractes les quanties dels quals igualin o superin els llindars

comunitaris, en cas contrari, entraria en funcionament la disposició addicional sisena de la mateixa llei, limitant-se a haver d'ajustar la seva activitat contractual als principis de publicitat i concurrència, no actuant, doncs, en aquests casos, les causes generadores de prohibició de contractar de l'article 20 LCAP abans apuntat.

Quarta. Una vegada establert l'àmbit objectiu de l'article 20, que ens referim, pel que fa a la determinació de la incompatibilitat dels membres dels Consells d'administració de les empreses públiques, haurien d'aquestes estar al previst en les disposicions continguts en l'apartat i), d'aquest article.

Aquestes disposicions són la Llei 12/1995, de 11 de maig, d'incompatibilitats dels membres del Govern de la Nació i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les Administracions públiques i la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General.

Conclusió

1. A EMSA, en la seva activitat contractual, li és d'aplicació l'article 2.1 i la disposició addicional sisena del text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel R. D. Legislatiu 2/2000, de 16 de juny i conseqüentment, li afecten les prohibicions de contractar previstes en l'article 20 del mateix cos legal, si les quanties dels contractes igualen o superen els llindars comunitaris.

Informe 3/06, de 13 de juliol de 2006

Contractes de patrocini que hagi de subscriure l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, a la vista de l'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional.

Antecedents

El viceinterventor general de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears planteja a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa la consulta següent:

“L'Administració de la Comunitat Autònoma ha subscrit els darrers anys diferents contractes de patrocini, d'acord amb la Llei 34/1998, d'11 de novembre, general de publicitat, en què ha actuat sempre com a subjecte patrocinador amb l'objectiu de fer publicitat institucional a través del finançament d'una activitat privada.

Amb tal d'exemple i amb la finalitat d'aportar la màxima informació en aquest escrit de consulta es pot esmentar el patrocini d'un suplement cultural a un diari de difusió estatal (anunci d'adjudicació publicitat en el BOIB número 98 de 15-05-2004), el patrocini publicitari dels premis culturals de les arts i de la ciència en l'àmbit de les Illes Balears (anunci d'adjudicació en el BOIB número 98 de 15-07-2004), i el patrocini publicitari per a l'edició d'una revista (anunci d'adjudicació BOIB número 109 de 07-08-2004), entre d'altres.

Atesa la publicació en el BOE de 30 de desembre de 2006, i posterior entrada en vigor de la Llei de les Corts Generals, la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional, i vista la seva disposició final segona, la qual atorga caràcter bàsic a l'article 4, resulta necessari obtenir uns criteris interpretatius per a l'aplicació de l'esmentat precepte que permetin l'adopció d'unes pautes de comportament homogènies en la gestió i fiscalització dels expedients de contractes de patrocini.

Amb l'objecte de conèixer la interpretació que a aquest respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i de l'article 15.1 del seu reglament

d'organització i funcionament, se sol·licita informe sobre la qüestió que a continuació es planteja.

Resulta procedent que l'Administració de la Comunitat Autònoma formalitzi contractes de patrocini publicitari en els termes en què ha procedit fins ara en els quals actuï com a patrocinador, o per contra hem d'entendre que amb l'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional, no és possible fer aquest tipus de contractes?

S'hi adjunta un informe del servei jurídic de la Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació, d'acord amb el que disposa l'article 4 in fine de l'Ordre del conseller de Presidència de 26 d'octubre de 2001.

Pressupòsits d'admissibilitat

Encara que l'article 15.1 del reglament d'organització i funcionament d'aquesta Junta Consultiva, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de la Comunitat Autònoma, de 10 d'octubre de 1997, legitima entre d'altres l'interventor general per sol·licitar informes de la Junta, és obvi que tal legitimació pot fer-se extensiva al viceinterventor general, càrrec que es troba en el segon lloc de la jerarquia funcional, i atès que a l'escrit de consulta s'adjunta un informe jurídic (documentació considerada suficient per a l'emissió d'aquest informe), es compleixen així els requisits exigits per l'art.16 de l'esmentat reglament, ja que hi concorren els pressupòsits d'admissibilitat de la petició.

La formulació de la pregunta s'ha fet en termes confusos i que han obligat la Junta a fer una tasca interpretativa del contingut i que dóna com a resultat el plantejament següent:

Consideracions jurídiques

Primera. La qüestió plantejada se centra a determinar els efectes jurídics de l'article 4 en relació amb el 3 de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, quant a la possibilitat legal que la Comunitat Autònoma segueixi duent a terme la formalització de contractes de patrocini tal com ho feia fins ara.

Primerament, cal dir que del contingut de la consulta podria inferir-se la incompetència d'aquesta Junta Consultiva per emetre informe sobre la qüestió, atès que la consulta no està relacionada amb cap qüestió contractual, sinó que es refereix a una interpretació d'una norma sobre criteris de publicitat institucional. No obstant l'anterior, i atès que aquesta interpretació és en relació amb la possibilitat o no de poder fer contractes de patrocini per part de la nostra Comunitat Autònoma i, conseqüentment, d'alguna manera s'incideix en un tema sobre contractació administrativa (per altra banda tractat amb anterioritat en l'informe d'aquesta Junta 9/2003, de 30 de novembre), s'entra en la consideració de l'estudi del contingut.

Segona. L'entrada en vigor de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional és el reflex de la voluntat d'ordenar l'activitat publicitària de l'Administració pública de l'Estat en el sentit, com diu l'exposició de motius, que:

«La publicitat i comunicació institucional han d'estar a l'estricta servei de les necessitats i interessos dels ciutadans —el subratllat és nostre—, facilitar l'exercici dels seus drets i promoure el compliment dels seus deures, i no ha de perseguir objectius inadequats al bon ús dels fons públics.

Així mateix —segueix dient l'exposició de motius de la llei—, la Llei té com a objectius prioritaris la utilitat pública —el subratllat és nostre—, la professionalització... en el desenvolupament de les campanyes de publicitat institucional i de comunicació.»

Tercera. Examinat el contingut del cos legal que ens ocupa, en concret de la lectura del article 1 i de la disposició final segona, es dedueix l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei, que es limita a la publicitat i comunicació institucional que duu a terme l'Administració general de l'Estat llevat de l'article 4t que té el caràcter de legislació bàsica i, per tant, aplicable a la resta d'administracions públiques entre les quals es troba la nostra Comunitat Autònoma.

Després dels plantejaments anteriors, cal dir que l'article 4 de la Llei 29/2005, de 29 de desembre, estableix una sèrie de prohibicions a l'hora de promoure o contractar campanyes institucionals de publicitat

i de comunicació, prohibicions que han de ser tingudes en compte per la Comunitat Autònoma a l'hora de subscriure un contracte de patrocini o un altre contracte de publicitat.

Quarta. Doncs bé, per si mateix aquest article 4 de la Llei no suposaria cap limitació a l'activitat de patrocini de la Comunitat Autònoma o d'una altra administració pública ja que el patrocini així considerat no implica cap prohibició de contractar. Ara, si bé és l'únic d'aplicació directa a la nostra Comunitat Autònoma, la veritat és que la lectura i interpretació d'aquest article de la Llei no pot dur-se a terme amb abstracció del contingut de la resta del cos legal del qual forma part, per a tenir-ne una visió certa de l'abast. En aquesta tasca interpretativa, cal tenir en compte el contingut de l'article 3 de la Llei, que marca els únics objectius que poden perseguir les campanyes de publicitat institucional que, en relació amb l'article 4, que estableix les actuacions prohibides en la matèria, ens ha de conduir forçosament, com era la voluntat del legislador en redactar la Llei que analitzam, a establir el caràcter de bàsic de l'article 4 de la Llei.

Cinquena. De la relació limitativa dels objectius que poden perseguir les campanyes de publicitat institucional i de les prohibicions a què les campanyes estan sotmeses, hem d'afirmar, juntament amb l'exposició de motius del cos legal que examinam, que tota campanya de publicitat o divulgació institucional ha de perseguir una finalitat d'interès general, en el nostre cas, de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i sense incórrer en cap motiu de prohibició de l'article 4 de la Llei.

Sisena. De tot l'anterior cal concloure que la Comunitat Autònoma no pot dur a terme campanyes de patrocini (concretam la forma de publicitat al patrocini ja que així s'ha plantejat la consulta) que per si mateixa, o mitjançant l'activitat patrocinada, es tingui per objecte destacar els assoliments de gestió o els objectius a què ha arribat la Comunitat Autònoma. No pot fer patrocinis d'activitats que suposin menyscar o pertorbar les polítiques públiques o qualsevol actuació legítimament duita a terme per un altre poder públic. La Comunitat Autònoma no pot fer patrocinis d'activitats que impliquin missatges discriminatoris, sexistes o contraris als principis, valors i drets constituents. La Comunitat Autònoma no pot patrocinar activitats que,

de forma directa o indirecta, incitin a la violència o a comportaments contraris a l'ordenament jurídic.

Això és així ja que, com molt bé indica l'informe jurídic que s'adjunta amb la consulta, el contracte de patrocini publicitari és aquell en què el patrocinador s'obliga a pagar una quantitat de diners determinada a favor d'una altra persona o entitat a canvi d'utilitzar la seva bona imatge en l'exercici de les seves activitats, les quals no poden incórrer en cap supòsit de prohibició de l'article 4 de la Llei 29/2005, de 29 de desembre i, a més a més, haurien de ser activitats d'interès públic en l'àmbit de la Comunitat Autònoma. Aquesta última manifestació està en relació directa amb el contingut del punt 2 de l'article 3 de l'esmentada Llei.

Conclusió

La Llei 29/2005, de 29 de desembre, de publicitat i comunicació institucional no impedeix que l'Administració pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears formalitzi contractes de patrocini publicitari, amb les úniques limitacions de les prohibicions establertes en l'article 4 en constituir legislació bàsica en la matèria i sempre que l'objectiu sigui d'interès general per a la Comunitat Autònoma.

Informe 4/06, de 26 d'octubre de 2006

Negocis jurídics. Transport escolar d'alumnes discapacitats de centres públics de Mallorca, Menorca i Eivissa per part de Creu Roja Espanyola. Concurrencia de circumstàncies per excloure de l'aplicació de la normativa contractual de les administracions públiques.

Antecedents

La secretària general de la Conselleria d'Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears, planteja a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa, la consulta següent:

“ASSUMPTE: sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears en relació amb la possibilitat de signar un conveni de col·laboració amb la Creu Roja Espanyola per a la realització del programa de transport escolar dels alumnes discapacitats dels centres escolars públics de les Illes Balears.

L'Administració educativa en les Illes Balears ha facilitat des de l'any 1992, el transport escolar d'alumnes amb necessitats educatives especials associades a discapacitats motora, als centres educatius de Mallorca, Menorca i Eivissa.

Els alumnes als quals s'adreça el transport són alumnes amb necessitats associades a dèficits motors, plurideficiències físiques, discapacitats visuals o psicopaties, escolaritzats en centres educatius de la nostra comunitat (principalment en aules substitutives del centre específic) als quals els transports adaptats facilita, en gran mesura, els trasllats als centres escolars.

Així, el 17 d'octubre de 1992, el Ministeri d'Educació i Ciència va signar el primer conveni amb la Creu Roja per al transport d'aquest tipus d'alumnes als centres docents. Aquest conveni de col·laboració va anar renovant-se any rere any pel ministeri i, posteriorment, per la Conselleria d'Educació i Cultura fins a avui, encara que la seva naturalesa jurídica ha anat variant amb els anys (primer com conveni que instrumentalitzava una subvenció i posteriorment com conveni de col·laboració).

L'informe de dia 6 de març de 2006, de la directora general d'Ordenació, Innovació i Formació del Professorat sobre la necessitat de subscriure el conveni, afirma que:

L'experiència d'aquesta Direcció general amb Creu Roja aconsella continuar col·laborant per poder dur a terme l'activitat objecte del conveni durant el curs escolar 2005-2006.

Aquesta col·laboració amb Creu Roja Espanyola en les Illes Balears incidirà positivament en el foment d'una major normalització en atenció als alumnes amb dèficit motor i en la promoció de millores per a la seva mobilitat.

Amb aquest informe com a fonament, es va iniciar la tramitació del conveni de col·laboració amb la Creu Roja per al curs 2005-2006.

La Intervenció General de la comunitat autònoma va manifestar disconformitat en fiscalitzar la tramitació d'aquesta despesa, i va al·legar que “resulta improcedent signar un conveni amb Creu Roja Espanyola a les Illes Balears per a dur a terme el servei de transport escolar dels alumnes discapacitats dels centres escolars públics de les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa, al marge de l'aplicació de la Llei de contractes”. Per aquest motiu, i atès que la Creu Roja ja prestava aquest servei de transport, seguint les indicacions de la Intervenció General es va haver de tramitar aquest expedient com a subvenció, per evitar un enriquiment injust de l'Administració.

No obstant el que ha estat exposat, i atès que cada any sorgeix la qüestió de quina qualificació jurídica mereix aquest expedient (conveni, subvenció o contracte), resulta del tot necessari aclarir, cara als pròxims cursos escolars, la naturalesa del negoci jurídic del programa de transport escolar dels alumnes discapacitats dels centres escolars públics de les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa.

*Per això, i d'acord amb el que disposen els articles 2.1 i 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears i els articles 15.1 i 16 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, **us sol·licitam informe en relació a la següent qüestió:***

En relació amb el programa de transport escolar dels alumnes discapacitats dels centres escolars públics de les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa que duu a terme la Creu Roja Espanyola, es demana si concorren les circumstàncies que permeten excloure l'aplicació de la normativa contractual en aquest negoci jurídic, d'acord amb l'article 3.1 d) del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

Us adjuntam l'informe del Servei Jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura en relació amb l'esmentat assumpte.”

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'emissió d'informe la sol·licita el secretari general de la Conselleria d'Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears, el qual està legitimació per a fer-ho d'acord amb el que preveuen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa i dels registres de contractes i de contractistes i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament d'aquella, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.
2. A la sol·licitud s'adjunta un informe jurídic emès pel Servei Jurídic de la mateixa Conselleria, amb la qual cosa es compleix amb el que es disposa en l'apartat 3 de l'article 16 de l'esmentat Reglament.
3. La documentació aportada és prou per a poder emetre l'informe sol·licitat, en complir els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. De manera sintètica cal dir que, el que en realitat planteja la consulta és si els convenis de col·laboració que pugui subscriure l'administració educativa autonòmica balear amb Creu Roja Espanyola, en matèria de transport escolar, han de regir-se per la normativa pròpia com són negocis jurídics o per la legislació contractual, en el cas que es consideri que concorren ací les circumstàncies que permetin excloure'ls

de l'aplicació d'aquesta darrera. I això és el que a continuació intentarem dilucidar.

Segona. Prèviament a l'entrada en el fons de l'assumpte, que ja s'ha plantejat, és procedent realitzar un seguit de puntualitzacions respecte de la personalitat jurídica de l'entitat Creu Roja Espanyola.

En concret es tracta de saber si Creu Roja Espanyola té prou capacitat jurídica i d'obrar per a obligar-se amb l'Administració Pública, deixant de costat, en aquest supòsit, tota referència a la solvència per a contractar amb l'Administració ja que no interfereix en la qüestió plantejada.

D'acord amb el contingut de l'article 15 de la LCAP, "De la capacitat i solvència de les empreses", per contractar amb l'Administració es requereix, entre altres requisits, tenir plena capacitat d'obrar. Mai la Llei no parla del requisit de la personalitat jurídica perquè entén, es pot suposar, que està inclòs, en la capacitat d'obrar, però, no hi ha dubte, que un requisit essencial per a poder contractar amb l'Administració és el de tenir personalitat jurídica i plena capacitat d'obrar. D'igual manera, i amb caràcter general, es manifesta l'article 30 de la LRJPAC.

Atès això, té la Creu Roja Espanyola personalitat jurídica i capacitat d'obrar per a poder obligar-se amb l'Administració Pública? La resposta ve aclarida afirmativament en l'article 3r dels Estatuts de la Creu Roja Espanyola publicats per Ordre del Ministeri de Treball i Afers Socials de 4 de setembre de 1997, quan estableix:

"Creu Roja posseeix personalitat jurídica pròpia i plena capacitat jurídica i patrimonial parell al compliment de les seves finalitats ..."

Del que es dedueix que la Societat Nacional de Creu Roja a Espanya té prou personalitat jurídica i d'obrar per a poder obligar-se amb l'Administració Pública Espanyola quan es tracti de la realització d'activitats pròpies de l'objecte i finalitat d'aquella. Així doncs, té personalitat jurídica i d'obrar Creu Roja Espanyola per a subscriure convenis, negocis o contractes amb l'Administració Pública per a la prestació del servei de transport escolar d'alumnes discapacitats?

A diferència de les persones físiques que tenen una capacitat d'obrar genèrica, la manca de la qual ha de ser suplerta pels mitjans establerts per l'ordenament jurídic civil, la qüestió de la capacitat d'obrar de les persones jurídiques és més complexa i s'ha de tenir en compte en relació amb el seu objecte, doncs aquestes persones solament tenen capacitat d'obrar, per imperatiu legal, per a activitats compreses en el seu objecte.

L'article 5. 2 dels vigents Estatuts de Creu Roja Espanyola assenyala com objecte de la seva activitat el servei de: "transport sanitari i transport adaptat a persones amb mobilitat reduïda". Sens dubte, doncs, Creu Roja Espanyola té plena personalitat jurídica i prou capacitat d'obrar per poder establir relacions jurídiques amb l'Administració Pública Espanyola per a dur a terme el servei de transport escolar d'alumnes amb discapacitat. D'igual parer és l'informe 32/03, de 17 de novembre de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat.

Tercera. Partint d'aquesta premissa, que Creu Roja Espanyola pot ser subjecte de relacions jurídiques amb l'Administració Pública per desenvolupar els serveis objecte d'aquesta consulta i diverses vegades descrits, entrant de ple en el tema objecte d'aquest informe, cal determinar com és la naturalesa jurídica de la relació que s'estableix entre Creu Roja Espanyola i l'Administració de la comunitat autònoma Illes Balears para dur a terme la prestació del servei de transport escolar d'alumnes discapacitats.

Per a resoldre el dubte plantejat en la consulta, hem de partir de l'abast de l'article 3 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel RDL 2/2000, de 16 de juny, que és el que regula els negocis i contractes exclosos d'ella i que és la normativa aplicable en matèria de contractació pública, branca del Dret que afecta a aquesta Junta Consultiva. Així, l'apartat 1.d) d'aquest precepte disposa que "queden fora de l'àmbit de la present Llei:

"d) Els convenis de col·laboració que, d'acord a les normes específiques que els regulen, celebri l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al Dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en els contractes regulats en aquesta Llei o en normes administratives especials".

I, amb la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda (informe 57/03, de 30 de març de 2004), vam coincidir en el sentit que aquest precepte conté un requisit del major interès quan admet els convenis de col·laboració exclosos de la Llei amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que no es doni la circumstància subratllada i que la raó d'aquesta limitació a l'exclusió de l'aplicació de la LCAP està en que el legislador no ha volgut que, per mitjà del conveni de col·laboració, puguin escapar-se de l'aplicació de la LCAP, relacions que poden perfectament articular-se per mitjà del contracte administratiu.

En aquest punt cal fer referència a la consideració de l'informe jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura que s'adjunta amb la sol·licitud d'informe, referent amb l'establert en la normativa estatal educativa de caràcter bàsic, en el sentit que les administracions públiques educatives poden establir acords de col·laboració amb altres administracions o entitats públiques o privades per a facilitar l'escolarització o una millor incorporació dels alumnes al centre escolar (articles 47 de la Llei Orgànica 10/2002 i article 72 de la Llei Orgànica 2/2006 de 3 de maig). Aquesta afirmació, en gens s'oposa, al previst en la LCAP referent als denominats convenis de col·laboració que celebri l'Administració amb persones físiques o jurídiques sotmeses a dret privat per a la satisfacció de l'interès públic (article 3.1.d), la doctrina jurisprudencial entén que aquest tipus de convenis han de sotmetre's als principis de publicitat, competitivitat i igualtat d'oportunitats (sentències de 17 d'octubre de 2000, 12 de gener de 2001), sempre que l'objecte d'aquests coincideixi amb el dels contractes regulats en la LCAP o en normes administratives de caràcter especial.

Conseqüentment, no ha de ser la denominació que les parts intervinents atorguin al negoci jurídic objecte de la controvèrsia la qual determini el règim jurídic que ha de regular-lo, si no, la real naturalesa del mateix és la qual ha d'imposar o permetre els principis assenyalats.

Quarta. Serà doncs l'objecte de la relació jurídica del conveni de col·laboració el que establirà si queda sotmès o no a l'àmbit d'aplicació de la LCAP. En aquest sentit l'article 5.2 a) de la LCAP estableix quins són els contractes administratius típics i són aquests els que l'objecte

directe dels quals, conjunta o separatament, sigui l'execució d'obres, la gestió de serveis públics i la realització de subministraments, els de concessió d'obres públiques, els de consultoria i assistència o de serveis. Posteriorment, l'article 5 en el mateix apartat però en la lletra b) defineix els contractes administratius especials i en el seu apartat 3 defineix els contractes privats de l'Administració.

Conseqüentment amb l'anterior s'ha d'examinar si el transport escolar d'alumnes discapacitats és objecte d'algun dels contractes típics o nomenats. Cal descartar, per obvi, que no es tracta d'un contracte d'obres ni de subministraments, ni tampoc de consultoria i assistència, perquè la prestació objecte d'aquests contractes és de caràcter intel·lectual. S'ha de centrar l'atenció, doncs, en el contracte de gestió de serveis públics i en el de serveis.

Cinquena. Arribat aquest punt seria procedent entrar a concretar, a dilucidar, que tipus de contracte administratiu és la prestació del servei de transport escolar d'alumnes discapacitats: És un contracte de serveis, és un contracte de gestió de serveis públics?. La veritat és que la solució a aquesta qüestió resulta intranscendent per a les conclusions d'aquest informe, remetent-nos, en relació amb aquest tema, a anteriors informes d'aquesta Junta sobre la problemàtica plantejada. Però, a part de l'anterior, no obstant això, del que no hi ha dubte és que en el present cas l'objecte del conveni de col·laboració està directament vinculat amb l'activitat específica de l'Administració Pública i que satisfà de manera directa una finalitat pública de la pròpia competència de la Conselleria d'Educació i Cultura, com és el transport escolar.

L'activitat de prestació del servei de transport escolar d'alumnes discapacitats constitueix, doncs, un dels objectes dels contractes regulats en la legislació específica en la matèria, ja sigui de gestió, de serveis públics, ja sigui de serveis i, conseqüentment no poden els convenis sobre aquesta matèria regir-se per les seves normes especials, amb aplicació subsidiària dels principis de la LCAP per resoldre els dubtes i llacunes que puguin presentar-se (com assenyala l'apartat 2 de l'article 3 de la LCAP), ni quedar fora de l'àmbit d'aplicació de la pròpia Llei (com seria possible, en altre cas, a la llum del mateix article 3.1.d), sinó que, per la abans dita raó, aquells negocis jurídics s'haurien de

regir per la LCAP, per incórrer precisament el seu objecte en l'excepció consignada. D'altra banda, i a més abundantament, la norma no dona cabuda a cap altra circumstància que en pogués suposar exclusió de l'aplicació als indicats convenis.

No obstant tot l'anterior, és convenient deixar clar que el mateix article 3.1.d) de la LCAP, no conté cap obstacle perquè l'administració educativa pugui formalitzar amb Creu Roja Espanyola els convenis de col·laboració i altres negocis jurídics que, conformement a les normes específiques que els regulen, estimi pertinents, en relació amb la prestació d'activitats tendents a facilitar l'escolarització i una millor incorporació dels alumnes amb necessitats educatives especials als centres escolars, però que, quan aquestes activitats constitueixin objecte d'un contracte administratiu la seva regulació quedarà íntegrament sotmesa a la LCAP.

Conclusió

No concorren en el supòsit concret objecte de consulta, d'acord amb el previst en l'article 3.1d) de la LCAP, circumstàncies que permetin excloure l'aplicació de la normativa contractual en el negoci jurídic que s'estableixi entre la Conselleria d'Educació i Cultura i Creu Roja Espanyola, per al transport escolar per part d'aquesta última, d'alumnes discapacitats dels centres escolars públics de les Illes de Mallorca, Menorca i Eivissa.

Informe 6/06, de 20 de desembre de 2006

**Validesa de proposicions econòmiques. Oferta econòmica incompleta.
Contradicció o diferències entre els preus unitaris i el preu total ofert.**

Antecedents

La Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals dirigeix a aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'escrit de consulta següent:

“Primer. La conselleria de Relacions Institucionals licita el contracte per a la neteja dels edificis de Presidència i de Vicepresidència del Govern de les Illes Balears.

Pel que fa a la consulta que a continuació es farà, cal constar que els plecs de clàusules administratives particulars que regeixen aquest contracte s'estableixen en el model i com s'ha d'adaptar l'oferta econòmica següent:

2. que em comprometo en nom propi (...) a executar-lo (...) per la quantitat total IVA inclòs deeuros.
3. que el preu/hora per treballador serà el següent:
 - preu/hora persona de la neteja
 - preu/hora especialista manteniment
 - preu/hora peó per a netejar els vidres
 - preu/hora governanta

S'ha de dir que el contracte es licita per preu total i no per preus unitaris.

També sembla adequat dir ja que la forma de pagament establerta en els plecs de clàusules administratives particulars literalment és la següent: els serveis s'abonaran mensualment contra presentació de factura o prèvia conformitat de l'adreça del contracte. La factura emesa haurà de contenir les hores efectuades per centre de treball tipus de treballador i el cost de l'hora.

Segon. En data 30 d'octubre de 2006, reunida la Mesa de contractació en acte públic, es va procedir a l'obertura de les pliques que contenen les ofertes de les empreses admeses a licitació.

Oberts els sobres núm. 2 –oferta econòmica– totes les empreses presentaven l'oferta d'acord amb el model annex al plec de clàusules administratives particulars excepció feta d'una d'elles, que la formula oferint el preu total però sense consignar el preu/hora treballador.

Deliberat aquest extrem pels membres de la mesa, es va decidir excloure la licitadora perquè, si bé la falta d'especificació dels preus hores no afectava a l'oferta econòmica estrictament entesa com criteri d'adjudicació si que era necessari en l'execució del contracte a l'efecte de pagament.

Tercer. En data 14 de novembre de 2006, va tenir entrada en el Registre general de la Conselleria escrit de la licitadora Neteges i reformes de Balears, SL (Lireba) en el que manifestava la seva disconformitat respecte de les ofertes econòmiques presentades per la resta d'empreses perquè, després d'haver realitzat les operacions matemàtiques pertinents a partir dels preus/hora oferts, el resultat no coincideix amb el preu total que consta en les seves ofertes.

D'això, Lireba extreu la conseqüència que les seves competidores han licitat per dos preus diferents contravenint, al seu parer, els articles 14, 80, i 87 del RDL 2/2000, de 16 de juny, de contractes de les Administracions Públiques.

Quart. Una vegada comprovades les operacions matemàtiques, la Mesa de contractació s'han reunit el dia 17 de novembre a l'efecte de valorar la incidència d'aquests fets.

Després d'analitzar els plecs de prescripcions tècniques i els de clàusules administratives particulars la Taula ha conclòs que, atès que el contracte es licita per preu total i no per preu unitari, el

preu d'adjudicació serà el qual consta a l'oferta com preu total. Interpretant que el desglossament dels preus exigint al model d'oferta econòmica va estretament lligat a la forma de pagament (de no ser així no s'hagués pogut excloure l'oferta descrita en el punt segon).

Doncs bé, i atès que, efectivament, no coincideix, en cap cas, la suma d'hores/preus amb l'oferta total, la qüestió que la Taula es planteja és el tractament que s'ha de donar als preus/hora continguts en les ofertes, sense que s'arribi a una opinió unànime.

Per això, se suspèn el procediment, i aquesta secretària general sol·licita de la Junta el seu parer sobre:

- 1) La Taula ha de considerar que els licitadors han comès un error d'interpretació dels plecs en el sentit d'entendre que havien de consignar el seu cost per treballador i no el preu que l'administració abonarà.
- 2) En cas afirmatiu, sí és possible que la Taula doni audiència als licitadors perquè –una vegada els hi assabenti de la voluntat de l'administració– aquests puguin confirmar o ajustar els preus/hora consignats en les seves ofertes (sense que, en cap cas, s'alteri el preu total ofert.)
- 3) Per contra, si s'ha d'entendre que els preus/hora consignats en l'oferta que resulti guanyadora –i que no coincideixin amb el preu d'adjudicació– seran els quals s'aplicaran, efectivament, a l'hora de facturar i que amb aquesta qualitat constaran en el document de formalització del contracte; tot això a pesar que la seva aplicació suposi un romanent del preu d'adjudicació al final del contracte.

S'acompanya informe jurídic preceptiu sobre la qüestió plantejada d'acord amb el prescrit en l'article 16.3 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears i a més:

- Plecs de clàusules administratives particulars.

- Plecs de prescripcions tècniques particulars.
- Escrit de la mercantil Lireba SL de data 13 de novembre de 2006.

Pressupòsits d'admissibilitat

1. L'informe es sol·licita per part de la secretària general de Vicepresidència –Conselleria de Relacions Institucionals–, la qual està legitimada per a això en virtut del previst en l'article 12.1 del D. 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i en el 15.1 del seu Reglament d'Organització i Funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de la CAIB de 10 d'octubre de 1997.
2. A la sol·licitud s'acompanya un informe jurídic, complimentant-se així el disposat en l'article 16.3 d'aquest Reglament.
3. Finalment, la documentació aportada es considera suficient per facilitar l'emissió de l'informe sol·licitat, complint-se així tots els requisits previs d'admissió.

Consideracions jurídiques

Primera. Els informes de la Junta Consultiva no poden centrar-se en l'estudi de qüestions concretes, de supòsits de fets determinants, sinó només han de subscriure's a qüestions de caràcter general en matèria de contractació administrativa, pel que la resposta a la pregunta haurà de realitzar-se en termes generals, fent abstracció dels supòsits de fets plantejats però que, d'alguna manera, serviran per donar resposta a la qüestió o qüestions plantejades en la consulta.

Segona. Dues són les qüestions que dona lloc l'escrit de la consulta formulada per la secretària de Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, ja que dues són les situacions que es plantegen en l'examen de les proposicions econòmiques. D'una banda es donen un conjunt d'ofertes en què no coincideix el preu total ofert amb el còmput del preu hora i el nombre d'hores a executar segons el plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques i, d'altra banda, altra oferta

en la qual s'ha omès reflectir el preu hora dels treballadors, elements, per altra banda, integrants del model d'oferta econòmica aprovat.

Tercera. En relació amb la primera situació plantejada: divergència entre preu total aprovat i els preus relació hora treballador, dir que això suposa no poder determinar de manera certa com és el preu realment ofert el que vulneraria clarament el sentit de l'article 14 de la LCAP i que, en relació amb article 84 del mateix cos legal suposaria haver de rebutjar de plànol el conjunt de les ofertes que emmalalteixen d'aquest defecte o error en la seva elaboració.

Quarta. Quant a la segona situació o omisió de part del model de proposició econòmica, o oferta incompleta d'acord amb el model per aplicació dels articles 80, i 89 del RLCAP, l'omissió de part de l'oferta econòmica suposaria una variació substancial del model de proposició i conseqüentment implicaria haver de declarar el rebuig de les proposicions.

Cinquena. Havent afirmat, doncs, la no admissió de totes i cadascuna de les ofertes presentades, unes per error manifest en l'import de la proposició, i les altres per variar el model de la proposició, procediria d'acord amb l'article 88 de la LCAP declarar desert el concurs i adoptar alguna de les mesures jurídiques que a aquest efecte estableix la legislació vigent en aquesta matèria.

Conclusió

1. En la forma d'adjudicació del concurs, les proposicions econòmiques que variïn substancialment el model establert o comporti error manifest en l'import de la proposició que impedis conèixer, sense cap dubte el preu ofert suposarà el rebuig de les mateixes d'acord amb l'article 84 de la LCAP.
2. Havent-se rebutjat totes les proposicions per les raons anteriors, d'acord amb l'article 88.2 de la LCAP, solament procedirà declarar desert el concurs.



Govern de les Illes Balears
Conselleria d'Economia i Hisenda
Direcció General de Patrimoni