



Informe 8/2004, de 10 de desembre, de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya.

Assumpte: Contracte de transport de viatgers en el qual licita una societat participada minoritàriament per una societat mercantil de l'Administració contractant.

ANTECEDENTS

Mitjançant escrit de 21 de juny de 2004, la presidenta de l'Entitat Metropolitana del Transport sol·licita al president de la Junta un informe sobre un contracte de transport de viatgers en el qual licita una societat participada minoritàriament per una societat mercantil de l'Administració contractant.

En concret, l'esmentat escrit es redacta en els termes següents:

D'acord amb les funcions consultives que té legalment atribuïdes aqueixa Junta, i per tal de disposar d'un criteri rigorós sobre determinades actuacions que ha de desenvolupar aquesta entitat pública local en matèria de contractació de serveis de transport, us sol·licito formalment l'emissió del vostre parer en dret sobre la qüestió següent:

Si una societat mercantil que té per objecte la prestació de serveis de transport de viatgers i en quin capital social participa minoritàriament una societat anònima de capital totalment públic d'una Administració pública adjudicadora, pot concórrer a una licitació convocada per aquesta mateixa Administració per adjudicar un contracte de prestació d'un servei de transport de viatgers.

Per tal d'aclarir més aquesta qüestió hem de fer notar les dades següents.

L'Administració adjudicadora té, com a forma de gestió directa de determinades línies de transport, una societat anònima de capital cent per cent públic, la qual a la vegada participa, de forma minoritària, en el capital social de l'empresa que pretendria presentar-se a la licitació. L'Administració adjudicadora té varis representants (càrrecs electes i alts funcionaris) en el Consell d'Administració de la seva societat de capital públic, però cap d'aquests administradors ni cap altre representant de l'Administració pertany al Consell de l'empresa privada que opta a concórrer a la licitació."

L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa estableix que aquesta Junta pot informar sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li puguin ser sotmeses per les entitats que integren l'Administració local a Catalunya, i també que és el president de cada entitat qui ha



de sol·licitar els informes. D'altra banda, l'article 11.3 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta que formula la Entitat Metropolitana del Transport (en endavant, EMT) es refereix a una licitació pública d'un contracte de servei de transport de viatgers que efectuaria "una Administració pública adjudicadora". En l'escrit de consulta no es precisa més sobre aquesta administració pública adjudicadora que licitaria el contracte, però en aquest informe partirem del supòsit que es refereix al mateix organisme consultant, l'EMT.

En concret, la consulta es refereix al fet de fixar un criteri jurídic en relació a la possibilitat que en la licitació pública d'aquest contracte es pogués presentar com a licitadora una societat mercantil, en el capital social de la qual participa de forma minoritària una altra societat mercantil de capital íntegrament públic que hauria constituït l'EMT per a la gestió directa de determinades línies de transport. La consulta explicita que no forma part del Consell d'Administració de la societat mercantil que licitaria en el concurs de referència cap persona que pertanyi o representi l'Administració pública adjudicadora ni la seva societat mercantil pública.

1. La condició de contractista en el contracte públic

Aquest assumpte el podem emmarcar en una reflexió general sobre les condicions jurídiques i requisits que ha de complir el contractista en el contracte sotmès a la Llei de contractes de les administracions públiques (actualment, Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, en endavant, TRLCAP). La qüestió adquireix, en ocasions, certa complexitat ja que les Administracions Públiques creen personificacions jurídiques diverses (de caràcter instrumental per al desenvolupament de determinades competències), sotmeses en molts casos al dret privat i que creen entre elles un entramat econòmic i organitzatiu. Les relacions jurídiques i econòmiques (entre les quals hi ha les contractuals), dels ens públics instrumentals amb la seva administració matriu o amb altres administracions públiques generen, efectivament, situacions que sovint adquireixen certa complexitat.

Hem de considerar quines són les condicions en les quals cal entendre que dos ens realitzen un contracte públic, i en quines condicions podem entendre que es tracta d'un contracte intern o quasi intern en el sí de l'Administració contractant.

En els nostres informes 2/2001 i 6/2003, hem tingut oportunitat de reflexionar sobre els requeriments jurídics establerts per la normativa comunitària europea i l'estatal per tenir la condició de contractista en els contractes públics. En aquests informes, hem considerat que són les normes comunitàries i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat



Europea, (en endavant, TJCE) que les interpreta, les que aporten més clarament uns criteris jurídics que permeten delimitar els requisits i les condicions del contractista en el contracte públic.

L'apartat 8 de l'article 1 de la Directiva 2004/18/CE del Parlament europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre la coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis (pendent de transposició en l'ordenament jurídic espanyol), defineix que els termes "contractista", "proveïdor" i "prestador de serveis" designen tota persona física o jurídica, entitat pública o agrupació d'aquestes persones o organismes que ofereixi, respectivament, la realització d'obres o d'una obra concreta, productes o serveis en el mercat. D'aquesta definició pot inferir-se que una entitat pública també pot tenir la condició de contractista.

El fonament número 4 de l'esmentada Directiva estableix que els Estats membres han de vetllar perquè la participació en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic d'un licitador que sigui un organisme de dret públic no causi distorsió de la competència pel que fa als licitadors privats.

La Sentència del TJCE de 7 de desembre de 2000, assumpte C-94/99, (ARGE Gewässerschutz) declara el següent:

"1) El principi d'igualtat de tracte dels licitadors enunciat en la Directiva 92/50/CEE del Consell, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis, no es viola pel mer fet que l'entitat adjudicadora permeti participar en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic de serveis a organismes que reben, d'ella o d'altres entitats adjudicatòries, subvencions, del tipus que siguin, que permeten a aquests organismes presentar ofertes a preus considerablement més baixos que els dels altres licitadors, que no reben aquestes subvencions.

2) El mer fet que l'entitat adjudicadora permeti participar en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic de serveis a aquests organismes no constitueix ni una discriminació encoberta ni una restricció contrària a l'article 59 del Tractat CE (actualment article 49 CE, després de la seva modificació)."

Lògicament, l'afirmació té matisos i el Tribunal, en el seu fonament 29, afirma el següent:

"Si bé, per tant, el principi d'igualtat de tracte dels licitadors no s'oposa, de per si mateix, a la participació en un procediment d'adjudicació d'un contracte públic d'organismes públics, fins i tot en un supòsit com el descrit en la primera qüestió prejudicial, no pot descartar-se que, en determinades circumstàncies particulars, la Directiva 92/50 obligui les entitats adjudicatòries a prendre en consideració l'existència de subvencions, i en particular d'ajudes no conformes amb el Tractat, o, almenys, els permeti fer-ho, a fi de, si escau, excloure els licitadors que les rebin."



Les exigències perquè pugui entendre's un contracte públic sotmès a les directives comunitàries es reiteren en la Sentència del TJCE de 18 de novembre de 1999, assumpte C-107/98, (Teckal Srl).

En aquesta Sentència, en l'apartat 50, es manifesta que les directives de contractes públics no s'apliquen "en el supòsit que, alhora, l'ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i aquesta persona realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen". En la decisió de la Sentència s'afirma que, "la Directiva 93/36/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació de contractes públics de subministrament, és aplicable quan una entitat adjudicadora, com un ens territorial, projecta celebrar per escrit, amb una entitat formalment diferent d'ella i autònoma des del punt de vista decisor, un contracte a títol oneros que té per objecte el subministrament de productes, independentment que aquesta entitat sigui, en si mateixa, una entitat adjudicadora".

Per tant, quan hi hagi una dependència orgànica o financera (en els termes exposats anteriorment) entre els ens que pretenen concertar entre ells la realització d'una prestació o activitat a canvi d'un preu, aquesta relació no es regirà per les normes públiques de contractació, i especialment no seran d'aplicació els principis de publicitat i concurrència.

2. Les adjudicacions internes al si d'una administració pública

Els criteris delimitadors del contracte intern al si d'una administració són, com s'ha destacat anteriorment (apartat 50, Sentència Teckal), que hi hagi un control anàleg d'un dels ens públics sobre l'altra persona jurídica -control anàleg al que exerceix l'organisme públic contractant sobre els seus propis serveis- i que la part essencial de l'activitat de la persona jurídica contractant es realitzi amb l'organisme públic que exerceix el control. Ambdós criteris han de complir-se.

No pot establir-se un criteri general, abstracte, un barem que indiqui en quin moment s'ha d'entendre que existeix un control "suficient" per concloure que hi ha una dependència jurídica entre l'organisme públic licitador i la persona jurídica que realitzaria la prestació i, per tant, atenent la concurrència d'ambdós requisits, el contracte podria ser qualificat d'intern al si de l'Administració, i quedaria exclosa l'aplicació de les normes públiques de contractació.

No pot seguir-se més que un criteri funcional i una anàlisi de cada cas concret.

En aquest sentit, l'EMT haurà de fer una anàlisi pròpia sobre l'existència de pactes interns o regulacions estatutàries, de les quals pugui derivar-se que l'EMT, o la societat mercantil pública que participa de forma minoritària en el capital social de la societat mercantil que pretén licitar en el concurs de serveis de transport, s'asseguren un control sobre la mateixa societat, anàleg (que no vol dir idèntic) al que exerceixin sobre els seus serveis.



Una aproximació general, en el supòsit objecte de consulta i a partir de la descripció fàctica que en aquesta consulta es fa, permetria afirmar que una societat mercantil, en el capital de la qual forma part de forma minoritària una societat mercantil íntegrament pública, és, amb caràcter general, una empresa privada sotmesa íntegrament a les normes reguladores privades, sense que la normativa estableixi per raó de la participació en el seu accionariat de capital públic un règim jurídic, en termes generals, diferent al de qualsevol altra societat mercantil.

El significat del concepte "participació no majoritària en el capital social" en el capital social s'ha d'entendre com a inferior al 50%. En aquest sentit, per exemple, l'article 166 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimoni de les administracions públiques, defineix les societats mercantils estatals com aquelles en les quals la participació, directa o indirecta de les entitats que integren el sector públic estatal en el seu capital social, és superior al 50%.

No obstant això, hem d'insistir que la participació de capital públic de forma minoritària en el capital social de la societat mercantil licitadora no és un factor determinant i únic per considerar la inexistència de control sobre la mateixa societat. Caldrà valorar (i aquest òrgan consultiu no ha rebut document ni informació per poder-ho fer en aquest informe) si existeixen disposicions estatutàries o acords interns sobre l'existència de vots qualificats del soci minoritari o règim d'adopció d'acords societaris que permetin constatar un control similar al que els organismes públics exercirien sobre els seus propis serveis.

No hi ha, en principi, un control de l'ens contractant en el consell d'administració de la societat mercantil licitadora, atès que, segons manifesta EMT en l'escrit de consulta, no participa en aquest consell cap persona que pertanyi o representi l'Administració pública adjudicadora ni la seva societat mercantil íntegrament pública.

Si no hi ha una relació de dependència financera ni orgànica entre l'EMT i la societat mercantil licitadora, les seves relacions contractuals s'han de sotmetre a la LCAP, amb aplicació de tots els seus preceptes. Aquesta aplicació comporta la comprovació del conjunt de requisits que en aquesta Llei s'estableixen per obtenir la condició de contractista. En aquest sentit, cal destacar especialment, en el cas que ens ocupa, el requisit específic de capacitat que l'article 197.1 del TRLCAP fixa per als contractes de serveis, en el sentit que "les empreses adjudicatàries han de ser persones físiques o jurídiques la finalitat o l'activitat de les quals tingui relació directa amb l'objecte del contracte, segons resulti dels seus estatuts o regles fundacionals". L'òrgan de contractació haurà de comprovar que l'objecte social de la mercantil licitadora li permet realitzar la prestació que es licita i que no té cap limitació estatutària quant a les prestacions que pugui desenvolupar, tant des del punt de vista territorial com material.

Aquest informe no ha analitzat les peculiaritats que eventualment puguin derivar-se de la normativa reguladora del transport de viatgers quant a la consulta formulada. L'entitat que sol·licita l'informe no ha fet referència a cap aspecte de la normativa sectorial i aquesta Junta



Consultiva ha de basar-se competencialment en els aspectes referits a la normativa general de la contractació administrativa.

Per tant, a la vista de les consideracions jurídiques efectuades, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents:

CONCLUSIONS

1. Les relacions contractuals entre una administració pública i una altra persona jurídica poden ser qualificades com a pròpies d'un contracte intern i, per tant, excloses de les normes jurídiques reguladores dels contractes públics, quan l'ens territorial exerceixi sobre la persona que es tracti un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis i aquesta persona realitzi la part essencial de la seva activitat amb l'ens o els ens que la controlen.
2. No és possible establir uns criteris fixos i automàtics de determinació dels requisits que permeten la qualificació d'un contracte intern, sinó que és necessari aplicar els criteris jurídics generals cas per cas.
3. L'Entitat Municipal del Transport, d'acord amb les consideracions jurídiques que es contenen en aquest informe, hauria de fer l'anàlisi concreta de les relacions jurídiques, orgàniques i societàries entre l'Entitat o la seva societat íntegrament pública i la societat mercantil que podria ser licitadora en el concurs que es descriu en l'escrit de consulta, a l'efecte de verificar si concorren o no en aquesta relació els dos requisits que qualificarien la relació contractual com a contracte intern, és a dir, l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els seus propis serveis i, acumulativament, la realització de la part essencial de l'activitat amb l'ens que exerceix el control.

Barcelona, 10 de desembre de 2004