

CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanas, 14. 4.º K
46003 VALENCIA
Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00
Fax 96 392 09 27

Ref: Inf 3/2003

INFORME 3/2003, DE FECHA 22 DE MAYO, SOBRE LA PUBLICIDAD DE LAS LICITACIONES POR EMPRESAS PUBLICAS. ACCIONES FINANCIADAS CON FONDOS COMUNITARIOS

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de marzo de 2003, ha tenido entrada en esta Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe remitido por la Secretaría General de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, con el siguiente texto literal:

“De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, le adjunto copia de la consulta formulada por la Dirección General de Economía, a los efectos que por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, se emita informe al respecto:

CONSULTA A LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT VALENCIANA

Se solicita a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, de acuerdo a los artículos 2.1 y 15 del decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, que emita informe sobre las siguientes cuestiones,

1ª) ¿Cumple estrictamente con la legislación española en materia de contratación pública una empresa pública de la Generalitat Valenciana, con forma jurídica de sociedad anónima y que opera en el ámbito de gestión de residuos sólidos, que anuncia sus licitaciones a través de inserciones en la prensa escrita y no en diarios oficiales?.

2ª) En caso afirmativo, ¿es la legislación española vigente acorde en este aspecto con la legislación comunitaria de contratos públicos?.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones formuladas por la Secretaría General de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo requieren de las siguientes consideraciones:

CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanós, 14. 4.º K
46003 VALENCIA
Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00
Fax 96 392 09 27

1.- La disposición adicional Sexta y el art. 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas . La Ley de Sectores excluidos

Esta disposición establece

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios. »

La generalidad de nuestra norma podría dar a entender que cualquier medio de publicidad es válido. El hecho patente del que deviene esta norma es la redacción dada al art. 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto en la definición de poder adjudicador parece excluir a las sociedades mercantiles de capital público.

Por tanto desde el punto de vista estricto de la legislación de contratos de Administraciones públicas cabría la interpretación de que la entidad en cuestión cumple con la misma. Ahora bien, la propia legislación de contratos en el Texto Refundido 2/2000, contiene un inciso que es preciso significar. Efectivamente el art. 2. Artículo bajo la rúbrica “. Adjudicación de determinados contratos de Derecho privado.”, señala

.....“Quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren los siguientes requisitos:

..... Los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 831.930.000 pesetas (5.000.000 euros), si se trata de contratos de obras o a 33.277.200 pesetas (200.000 euros), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanas, 14. 4.º K
46003 VALENCIA
Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00
Fax 96 392 09 27

Por su parte, también hay que recordar la sujeción a las reglas de la contratación pública para todas las entidades sin excepción alguna, a las Directivas 98/93 CEE y 92/13/CEE de sectores excluidos incorporadas al ordenamiento jurídico español por Ley 48/98, de 30 de diciembre, sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y la telecomunicaciones.

2.- Las Directivas sobre contratación pública

Las Directivas tienen por objeto la mera coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos, de manera que no contienen una regulación completa de las normas comunitarias en la materia.

Las Directivas 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicio; 93/36/CEE DEL Consejo 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, señalan al respecto la necesidad de publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea en función de los umbrales y, en su caso, siempre previo al anuncio en el correspondiente diario oficial .

La abundante jurisprudencia derivada del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre la materia concreta sometida a dictamen - en este orden sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, (Sentencias de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99), destaca que los criterios y requisitos que rigen cada contrato deben ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras, en aras a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos, con el fin de abrir tales contratos a una competencia efectiva entre los empresarios de los Estados miembros.

De otra parte señalar que la Comisión Europea, mediante Dictamen motivado, con arreglo al artículo 226 del Tratado CEE, exigió a España la correcta transposición a la legislación española de lo dispuesto en las Directivas sobre contratación pública en los ámbitos de suministros y obras públicas (93/36/CEE y 93/37/CEE, respectivamente).

En la actualidad se halla interpuesto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurso por incumplimiento que versa sobre la delimitación del ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras en la transposición efectuada en la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

**CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ**
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanós, 14. 4.º K
46003 VALENCIA
Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00
Fax 96 392 09 27

España alega que las empresas mercantiles en cuyo capital participa el Estado pero que se organizan conforme al Derecho privado, no están incluidas en el concepto de «organismo de Derecho público» en el sentido de la Directiva. Por su parte la Comisión, a través del Abogado General propone “ Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva 93/37/CEE, y más concretamente el art. 1.3 (entidades de Derecho publico sometidas a la Ley de Contratos) y consecuentemente a las normas de publicidad previstas en los apartados 2, 6, 7 y 11 del artículo 11 así como a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4.” (Disposición adicional Sexta)

A la fecha de emisión del presente informe se halla pendiente de Sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta cuestión (Asunto C 283/00 Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España).

Como quiera que en fecha 16 de junio de 2000 se aprobó el Texto Refundido de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que contiene respecto al objeto de consulta las especificaciones a las que se han hecho referencia en materia de publicidad por parte de las empresas públicas, la Comisión nuevamente ha interpuesto Recurso contra el Reino de España (Asunto C-84/03) en sentido similar al que se ha hecho referencia.

La parte demandante solicita al Tribunal de Justicia que declare que, al no haber incorporado correctamente en su ordenamiento jurídico interno la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras , y, en particular, al excluir del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y, en concreto, el apartado 3 de su artículo 1, a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en los tres guiones del párrafo segundo de la letra b) de los respectivos artículos 1 de las mencionadas Directivas.

La Comisión considera que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le impone el Derecho Comunitario.¹

De todo cuando antecede, resulta patente que esta Junta no tiene competencias para determinar si la legislación de contratos ha traspuesto correctamente las directivas sobre

CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanas, 14. 4.º K

46003 VALENCIA

Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00

Fax 96 392 09 27

contratación pública. Cuestión ésta que deberá dilucidarse por los órganos competentes, en este caso por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.- El Reglamento (CE) 1260/1999 del Consejo de 21 de junio de 1999 por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales

Esta Junta evidencia que la consulta de la Secretaría General se formula a través de la Dirección General de Economía, por tanto en la medida que pueda trascender la misma por lo que a contratos financiados con Fondos estructurales, creemos necesario hacer referencia al estricto cumplimiento de las normas de publicidad cuando se trate de contratos públicos que revistan esta forma de financiación.

Así el Reglamento de referencia en su art. 12. Señala expresamente bajo la rúbrica "Compatibilidad" que "*Las operaciones que sean financiadas por los Fondos, por el BEI o por otro instrumento financiero deberán ajustarse a las disposiciones del Tratado y de los actos adoptados en virtud de este, así como a las políticas y acciones comunitarias, incluidas las correspondientes a las normas de competencia, a la contratación pública,² a la protección y mejora del medio ambiente, a la eliminación de desigualdades y al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres.*"

CONCLUSIONES

1.- La Junta Superior de Contratación Administrativa no es órgano competente para resolver sobre el incumplimiento en la transposición de la legislación española en materia de contratación administrativa de las normas comunitarias ni sobre el incumplimiento por parte de las entidades adjudicadoras de las disposiciones sobre la materia, correspondiendo a las instancias judiciales dicha cuestión.

2.- Los contratos de derecho privado que por su ámbito objetivo se encuentren comprendidos en el art. 2.2 del Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas se hallan plenamente sometidos a dicha legislación hasta la fase de adjudicación, y los regulados por la Ley 48/98, de 30 de diciembre, deberán regirse por los procedimientos de contratación, establecidos en la misma.

3.- La salvaguarda los principios fundamentales de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios exige en todo caso de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras conforme a las directivas comunitarias, según la jurisprudencia comunitaria.

² El subrayado es nuestro.

**CONSELLERIA D'ECONOMIA,
HISENDA I OCUPACIÓ**
DIRECCIÓ GENERAL DE PATRIMONI
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓ
ADMINISTRATIVA

Avellanas, 14. 4.º K
46003 VALENCIA
Tel. 96 391 38 68 / 96 386 62 00
Fax 96 392 09 27

4.- De conformidad con la normativa específica los contratos públicos financiados mediante Fondos estructurales requieren de la aplicación de las normas sobre contratación pública.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

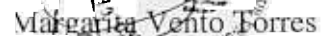

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Vicente Rambla Mompalao



LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Forres

**APROBADO POR EL PLENO DE LA
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, de 22 de mayo de 2003**