

INFORME 5/2009, DE 7 DE JULIOL DE 2009. INAPLICACIÓ DE L'ART. 24 EN RELACIÓ AMB L'ART. 4.1.n) DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC A LES EMPRESES MIXTES. SOTMETIMENT ALS PROCEDIMENTS DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA.

Amb data 29 de juny del 2009, ha tingut entrada en esta Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat, sol·licitud d'informe pel Consorci del pla Zonal de Residus, Zones X, XI i XII, Àrea de Gestió 1, amb el següent tenor literal:

“D. José Ribera Any, president del Consorci del pla Zonal de Residus, Zones X, XI i XII, Àrea de Gestió 1, davant d'eixa Junta compareix i com millor en dret procedisca diu:

1.- Que de conformitat amb el Pla Zonal aprovat per Orde del conseller de Territori i Vivenda de data 29 d'octubre del 2004, la Diputació de València ha de cedir al Consorci la Planta de Tractament de Residus sítia en el terme municipal de Guadassuar (València).

2.- Que en compliment de la dita previsió, la Diputació de València, en virtut de l'acord adoptat pel Ple de data 22 de maig del 2007, aprova la cessió dels béns integrants de la Planta, en els termes següents:

‘4.- Subrogar a favor del Consorci: l'encàrrec de gestió de servici relativa a la direcció tècnica de l'explotació de la Planta a favor de GIRSA’.

3.- que hi ha un informe del secretari General del Consorci, de data 14 de gener del 2008, en el que es conclou:

‘És patent, per tant, que la situació amb què en 1993 es produïx l'encàrrec de gestió, és substancialment diferent de la que deriva a partir de la privatització de GIRSA, que si bé podia mantindre's amb la Llei 13/1995, ja no és possible a partir de la modificació operada per la Llei 53/1999, incorporada al Text Refós de la Llei de Contractes, de manera que el que en un principi pot ser objecte de l'instrument jurídic anomenat comanda, que permet que la Diputació Provincial gestione directament a través dels seus ens instrumentals qualsevol de les seues competències, ja no és possible i haja d'acudir-se a la via de la contractació pública per mitjà de procediments oberts a la participació i la competència.

Per tant, considerem que no deu el Consorci acceptar la subrogació de la comanda a Girsra de la direcció tècnica de la Planta de Guadassuar, per entendre que es troba viciada. En el seu moment, una vegada produïda la substitució de la Diputació en el contracte de concessió de l'explotació de la Planta es podrà decidir per l'òrgan competent del Consorci sobre la conveniència i la fórmula de gestionar este servici.’

4.- *Que amb posterioritat, per l'actual secretari general del Consorci, en data 17 de juny del 2009, s'emeta un informe adherint-se en la seua totalitat al de l'anterior secretari del Consorci.*

*Com vullga que hi ha discrepàncies interpretatives sobre si la mercantil Gestió Integral de Residus Sòlids Urbans S.A. (G.I.R.S.A.), que en l'actualitat està privatitzada i la Diputació de València només té el 51% de participacions, no pot des del punt de vista de l'actual Llei de Contractes del Sector Públic, ser creditora de l'encàrrec de gestió de servici relativa a la **direcció tècnica** de l'explotació de la Planta de Guadassuar, havent d'acudir a la via de la contractació pública per mitjà de procediments oberts a la participació i a la competència.*

Per tot el que antecedit és pel que SOL·LICITA

Que amb caràcter d'urgència s'emeta un informe respecte d'això, ja que es té previst convocar a la Comissió de Govern i a la Junta de Govern del Consorci, perquè, respectivament, informen i resolguen sobre si s'accepta l'acord del Ple de la Diputació de València de la comanda a la mercantil GIRSA de la gestió de servici relativa a la direcció tècnica de l'explotació de la Planta de Guadassuar.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

En relació amb l'objecte de consulta, esta Junta Superior ja va tindre ocasió de pronunciar-se, així mateix, sobre una empresa mixta de l'Excma. Diputació Provincial de València en informe 4/2005, de 28 de juny, de total aplicació les conclusions de l'informe mencionat. En l'informe indicat es feia referència a la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea d'11 de gener del 2005 Stadt Trobe i RPL Lochau. Este pronunciament deixa molt clar el següent:

1.- D'acord amb la Jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, no està exclòs que puguen donar-se circumstàncies en què la licitació no siga obligatòria encara que el contractista siga una entitat jurídicament diferent de l'entitat adjudicadora. Açò succeïx en el cas que l'autoritat pública, que és una entitat adjudicadora, exercisca sobre l'entitat diferent de que es tracte un control anàleg a què exercix sobre els seus propis servicis i esta entitat realitze la part essencial de la seua activitat amb l'autoritat o les autoritats públiques que la controlen. És a dir els anomenats contractes *in house providing*, actualment regulats en l'Art. 24 de la Llei de Contractes del Sector Públic.

2.- La participació, encara que siga minoritària, d'una empresa privada en el capital d'una societat en què participa així mateix l'entitat adjudicadora de què es tracta exclou en qualsevol cas que la dita entitat adjudicadora pugua exercir sobre esta societat un control anàleg a què exercix sobre els seus propis servicis.

3.- La relació entre una autoritat pública, que és una entitat adjudicadora, i els seus propis servicis es regix per consideracions i característiques derivades de les exigències de la persecució d'objectius d'interés públic. Al contrari, qualsevol inversió de capital privat en una empresa obeeix a consideracions i característiques dels interessos privats i persegueix objectius de naturalesa distinta.

4.- L'adjudicació d'un contracte públic a una empresa d'economia mixta sense licitació prèvia perjudicaria l'objectiu que existisca una competència lliure i no falsejada i al principi d'igualtat de tracte dels interessats, ja que, entre altres coses, este procediment atorgaria a una empresa privada que participa en el capital de l'esmentada empresa un avantatge en relació amb els seus competidors.

La conclusió del Tribunal de Justícia de la Unió Europea és contundent: *“En el cas que una entitat adjudicadora projecte celebrar un contracte a títol onerós referent a servicis compresos dins de l'àmbit d'aplicació material de la Directiva 92/50 amb una societat jurídicament diferent d'ella en el capital de la qual participa junt amb una o unes quantes empreses privades, han d'aplicar-se sempre els procediments de contractació pública previstos en dita Directiva.”*

Amb posterioritat, així mateix el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en data de data 10 de novembre del 2005 i sobre la base d'un contracte de servicis d'eliminació de residus, indica : La cessió poc de temps després del 49 % de les participacions en AbfallGmbH a Saubermacher AG, menyscabaria l'efecte útil de la Directiva 92/50. La consecució de l'objectiu que dita Directiva pretén aconseguir, açò és, la lliure circulació dels servicis i la seua obertura a la competència no falsejada en tots els Estats membres, quedaria en dubte si les entitats adjudicadores pogueren recórrer a mecanismes dirigits a emmascarar l'adjudicació de contractes públics de servicis a empreses d'economia mixta.

La Llei 30/2007, de 31 d'octubre, de Contractes del Sector Públic no fa sinó arreplegar la Jurisprudència Comunitària sobre esta qüestió, sense la que, de no haver-ho fet expressament, les conclusions d'esta Junta hagueren sigut les mateixes.

Així l'Art. 24. 6: *“Als efectes previstos en este article i en l'article 4.1.n), els ens, organismes i entitats del sector públic podran ser considerats mitjans propis i servicis tècnics d'aquells poders adjudicadors per als que realitzen la part essencial de la seua activitat quan estos ostenten sobre els mateixos un control anàleg al què poden exercir sobre els seus propis servicis. Si es tracta de societats, a més, la totalitat del seu capital haurà de ser de titularitat pública.”*

CONCLUSIONS

PRIMERA. - No és possible legalment ni encàrrecs directes ni comandes de gestió a l'empresa de capital mixt GIRSA per a la direcció tècnica de la planta de l'explotació de la Planta de Guadassuar,

al no donar-se les premisses en esta societat per a ser considerada ens instrumental i per tant mitjà propi i servici tècnic de la Diputació de València.

SEGONA.- El Consorci consultant, per a la contractació de la direcció tècnica de l'explotació de la Planta de Guadassuar, haurà d'acudir necessàriament als procediments de la contractació pública, amb respecte ple als principis de publicitat, transparència, igualtat i lliure concurrència, podent l'empresa GIRSA prendre part en el procediment que es convoque a este efecte en les mateixes condicions que qualsevol altre empresari.

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel que es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist i Plau:
EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a) Orde de
11 de juny del 2001, DOGV 17/07/2001)

Margarita Vento Torres

*APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA,
en data 7 de juliol del 2009*

José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENT