

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau ,12-3r planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 6013072
Correu: secretària_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: Informe 8/2016

INFORME 8/2016 DE 30 DE NOVEMBRE DE 2016. CONTRACTACIÓ DELS SERVEIS FINANCERS DE LA GENERALITAT.

ANTECEDENTS

En data 14 de setembre de 2016 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Sotssecretaria de la Conselleria d'Hisenda i Model Econòmic, per mitjà del qual formula consulta que literalment diu:

“1. Mitjançant una Resolució d'1 de març de 2010 es va adjudicar el contracte de "Prestació de serveis financers de la Generalitat", amb un termini d'execució de tres anys des de la data d'adjudicació". Aquest contracte va ser prorrogat, mitjançant una Resolució de data 26 de febrer de 2015, fins al 27 de febrer de 2016.

El contracte mencionat va ser qualificat en el seu moment com de naturalesa privada.

2. Al gener de 2016 s'inicien els tràmits per a licitar novament “les operacions de crèdit i serveis financers de la Generalitat i el sector públic valencià”.

Als efectes del règim jurídic aplicable a aquest contracte, la prestació consistent en operacions de crèdit a curt termini, constitueix una operació de tresoreria que, com a tal, pot entendre's exclosa de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, d'acord amb el que disposa la lletra l del seu article 4.1. I). D'altra banda, la resta de serveis objecte del contracte constitueix un servei bancari dels previstos en la categoria 6 de l'annex II del mateix text refós, i que, amb caràcter general, han de subjectar-se al règim propi dels contractes privats de l'Administració previst en l'article 20.1 del text refós, d'acord amb el qual la preparació i adjudicació del contracte es regeixen pel text refós mencionat i la resta de disposicions de desplegament o complementàries que siguen aplicables, mentre que els efectes, execució i extinció del contracte se sotmeten al dret privat.

3. No obstant això, i atés que la prestació que té més importància des del punt de vista de cost econòmic són les operacions de crèdit a curt termini, les normes que hauran d'observar-se en l'adjudicació del contracte són les que corresponguen a aquesta prestació. Per això, d'acord amb l'anterior, i considerant que ambdues prestacions (els serveis bancaris i les operacions de crèdit a curt termini) formen part d'un únic contracte, aquest es regirà, en primer terme, pel que estableixen els presents plecs i, en allò no previst expressament en aquests, pel règim propi dels

contractes privats.

4. En juliol de 2016 la Secretaria Autonòmica d'Hisenda proposa la licitació d'un nou contracte de serveis financers de la Generalitat i del sector públic valencià.

5. Remés a l'Advocacia el plec de clàusules administratives que ha de regir la licitació del contracte mencionat, aquesta considera convenient sol·licitar informe a la Junta Superior de Contractació sobre la viabilitat jurídica del contracte.

Basant-se en això se sol·licita informe a aquesta Junta Superior de Contractació sobre la naturalesa jurídica i el règim jurídic aplicable al contracte mencionat, amb caràcter urgent.

S'hi aporta com a documentació:

Plec de clàusules administratives particulars

Plec de prescripcions tècniques

Informe emés per l'Advocacia"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'objecte del contracte proposat el constitueixen, d'una banda i principalment, serveis de finançament a la Generalitat consistents en la concessió de préstecs de tresoreria i altres operacions de crèdit a curt termini (pòlisses de crèdit i confirmació de pagament de proveïdors), la finalitat del qual és disposar de la liquiditat necessària per al funcionament de la Generalitat, i, d'altra banda, conjuntament amb els anteriors i en segon lloc d'importància, serveis financers bancaris de depòsit de fons, de recaptació de tributs i altres ingressos i de gestió i operació de comptes de la Generalitat, així com altres serveis accessoris o complementaris dels anteriors com la instal·lació i manteniment de TPV o el lloguer de caixes de seguretat.

En conseqüència, el contracte té per objecte principal serveis financers de préstecs o de crèdits de funcionament que es troben exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes del sector públic, en virtut del que disposa l'article 4.1.l del text refós de la Llei esmentada (d'ara en avant TRLCSP) com també de la Directiva 2014/24/UE en l'art. 10 e i f); i simultàniament serveis bancaris de gestió de fons i comptes inclosos en la categoria 6 de l'annex II del TRLCSP que, si bé poden no considerar-se exclosos del seu àmbit d'aplicació, són prestacions pròpies de contractes que han de considerar-se privats encara que els subscriga una Administració pública, d'acord amb el que disposa l'article 20 del TRLCSP.

A més, ha de destacar-se com a característica particular del contracte la circumstància que no es tracta d'una licitació convencional en condicions de concurrència competitiva de candidats, perquè la seua finalitat és la selecció de les entitats financeres col·laboradores de la Generalitat en funció del compliment d'uns requisits objectius relatius a la seua capacitat econòmica i sense que la selecció d'una entitat excloga necessàriament les altres. Per aquest motiu, resulten inaplicables gran part dels preceptes reguladors de procediments de concurrència competitiva establits en el TRLCSP, dirigits tots ells a la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa com a principi fonamental de la contractació del sector públic regulada en la Llei esmentada.



Hi ha alguna incoherència en la documentació remesa. Mentre que el document que fa de plec de clàusules administratives particulars es denomina “Plec de condicions per a contracte mixt de servei d’operacions de crèdit i serveis financers de la Generalitat i el sector públic valencià”, el plec de prescripcions tècniques (PPT) remés per la unitat proponent (Subdirecció General de Tresoreria) ho és “per a la contractació de serveis financers a la Generalitat i el sector públic”.

Respecte a aquestes denominacions, s’aconsella mantindre la formulada per la Subdirecció General de Tresoreria. D’acord amb els descriptors utilitzats en el CPV (Vocabulari comú dels contractes públics, annex I del Reglament (CE) 213/2008 de la Comissió), la divisió 66 arreplega, sota la denominació de serveis financers, tots els serveis prestats per bancs i entitats financeres i, en particular, els compresos en el contracte. Igualment, la categoria 6 de l’annex II del TRLCSP, utilitza l’expressió de serveis financers com comprensiva, entre altres, dels serveis bancaris que són objecte del present contracte.

També en relació amb la denominació del contracte, però sobretot en relació amb el seu règim jurídic, ha d’advertir-se que el contracte no és un contracte “mixt” en el sentit que a aquest terme li dóna l’article 12 del TRLCSP. D’acord amb el text legal un contracte mixt és aquell que continga prestacions corresponents a dos o més classes. Però en el cas del contracte objecte d’aquest informe, les seues prestacions no pertanyen a més d’un d’aquests tipus de contractes, ja que totes elles tenen la consideració de serveis i si hi ha algun subministrament, com en el cas de les terminals TPV, no deixa de ser merament accessori per a la prestació del servei bancari de pagaments associat a un compte.

De la mateixa manera, si el contracte no pot considerar-se un contracte mixt de conformitat amb el que disposa l’article 12 del TRLCSP, tampoc ha de presumir-se que se li aplique la restricció que per a aquests contractes mixtos s’estableix en l’article 25 del TRLCSP.

No és difícil deduir que la reunió en un sol contracte de les prestacions contingudes en el plec de prescripcions tècniques remés per la Subdirecció General de la Tresoreria està justificada per evidents raons econòmiques, per les quals es persegueix minimitzar els costos de finançament de les operacions de tresoreria, oferint als bancs la contrapartida de depositar els fons de la Generalitat i operar amb aquelles entitats que concedisquen a la Generalitat finançament a curt en les millors condicions de mercat. No és que les prestacions estiguen objectivament i directament vinculades entre si o constituïsquen una unitat funcional des del punt de vista tècnic o de la Generalitat, és que cal vincular la seua contractació perquè això és necessari per a interessar les entitats la col·laboració de les quals la Generalitat necessita, perquè acudisquen a la licitació i siguen part en el contracte. Dit d’una altra forma, en la situació econòmica actual, els bancs i les entitats financeres no estaran interessats a concedir préstecs o crèdits a tipus d’interés molt baixos i en condicions avantatjoses, acceptables o simplement suportables per als seus clients, si aquests no hi depositen els seus fons i operen a través de comptes oberts en aquestes entitats, i els contracten serveis pels quals cobrar comissions que compensen la baixa rendibilitat que obtenen dels préstecs.

D’altra banda, tal com consta en els plecs remesos amb la consulta, el valor estimat dels interessos

pels préstecs i operacions de crèdit, la contractació dels quals es troba exclosa de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, és major que el de les comissions que han de pagar-se pels serveis financers de caràcter bancari que no poden considerar-se exclosos. En conseqüència, si amb més motiu s'aplicara un criteri per analogia- com cita la documentació remesa- entre la contractació de préstecs i línies de crèdit objecte de les operacions de tresoreria i els negocis jurídics de caràcter patrimonial a què es refereix l'article 4.1.p del TRLCSP, podem dir que també es compleix la condició establida en el precepte esmentat que els serveis no expressament exclosos de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP no superen el 50 per 100 de l'import total del negoci, la qual cosa reforça més la consideració del contracte com a contracte exclos de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP

D'altra banda, exclosos o no de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes del sector públic, la contractació dels serveis objecte del contracte pot i ha de respectar els principis fonamentals que constitueixen la finalitat de la llei esmentada, arreglats en l'article 1 del TRLCSP, per mitjà d'una publicitat de la seua licitació que es considere adequada o suficient, com per exemple la publicació en la plataforma de contractació del sector públic, si bé creiem aconsellable procedir a la seua publicació també en el DOUE, tenint en compte, a més, que els serveis bancaris han de ser prestats per entitats autoritzades per a operar en el territori espanyol, les quals són conegudes i poden ser directament invitades a participar en el procediment de contractació, ha de garantir-se la llibertat d'accés a la licitació, la no-discriminació i la igualtat de tracte a totes elles. Aquests principis, als quals certament respon la legislació de contractes del sector públic, es deriven, no obstant això, del Tractat FUE i han de considerar-se aplicables i exigibles en qualssevol contractes públics de serveis no inclosos en l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/24/UE sobre els procediments de contractació, d'acord amb el que assenyalava respecte d'això la Comunicació Interpretativa de la Comissió sobre el Dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les directives sobre contractació pública (2006/C 179/02) que recomana en els contractes de gran quantia la seua publicitat en el Diari Oficial esmentat.

CONCLUSIÓ

La contractació dels serveis financers per a la Generalitat i el seu sector públic, consistents principalment en préstecs per al finançament d'operacions de tresoreria i la concessió de pòlisses o línies de crèdit i instruments financers anàlegs i, conjuntament amb aquests, d'altres serveis financers de les entitats concedents dels préstecs o crèdits, relatius a l'obertura i gestió de comptes i depòsits de fiances, recaptació de tributs i altres ingressos i altres serveis bancaris comuns o accessoris, és una contractació que es troba exclosa de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes del sector públic i de les directives europees en matèria de contractació.

Sense perjudici d'això, en la contractació dels serveis esmentats han de respectar-se els principis bàsics establits en la legislació espanyola i europea en matèria de contractes públics, en els termes indicats en la Comunicació Interpretativa de la Comissió sobre el Dret comunitari aplicable en l'adjudicació de contractes no coberts o només parcialment coberts per les directives sobre contractació pública (2006/C 179/02)



Aquest informe s'emeta a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual 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 aquest últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1 .a)
Ordre d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data 30 de novembre de 2016

VICEPRESIDENTA