

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a planta
46010 VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref. SUB/SJSCA/mvt
Assumpte: Informe 5/2021

INFORME 5/2021, DE 28 DE JULIOL DE 2021. GESTIÓ DIRECTA DE SERVEI PÚBLIC DE TRANSPORT COL·LECTIU URBÀ DE PASSATGERS PER SOCIETAT MUNICIPAL. NO ÉS APLICABLE L'ART. 24.6 DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC RELATIU A L'ENCÀRREC DE GESTIÓ PER A LA COMPRA DE DOS AUTOBUSOS ELÈCTRICS.

ANTECEDENTS

En data 22 de juny de 2021, ha tingut entrada en la secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de la Direcció General d'Administració Local mitjançant el qual formula consulta del tenor literal següent:

“ANTECEDENTS

Primer.- Constitueix el marc jurídic de les presents ajudes, el Decret 19/2017, de 26 d'octubre, del president de la Generalitat, pel qual s'aproven les bases reguladores per a subvencionar projectes locals d'actuació dels municipis de la Comunitat Valenciana susceptibles de cofinançament pel PO FEDER de la Comunitat Valenciana 2014-2020, publicat en el DOGV núm. 8161, de 2 de novembre de 2017.

Segon.- La base segona, punt 2, del Decret 19/2017. Entitats beneficiàries: "L'entitat beneficiària serà, amb caràcter general, l'executora de l'actuació aprovada, excepte els casos en què, en virtut de la seua facultat d'autoorganització i en el marc de la normativa aplicable, l'entitat beneficiària decidisca que l'actuació l'execute un altre ens, organisme o entitat del sector públic que en siga mitjà propi i servei tècnic. En aquest cas, ha d'indicar aquesta possibilitat en la sol·licitud i presentar la documentació acreditativa sobre la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'ens corresponent".

Tercer.- La base deu del Decret 19/2017. Documentació que s'ha de presentar amb la sol·licitud. o): "En el cas que el municipi pretenga que l'execució la duga a terme una entitat diferent de la beneficiària, tal com preveu la base segona, també farà falta que el municipi presente la documentació acreditativa sobre la condició de mitjà propi i servei tècnic de l'ens corresponent, així com l'esborrany de l'acord o conveni per encàrrec de gestió".

Quart.- L'Ajuntament de València a l'empara d'aquestes bases, presenta en data 29 de gener de 2018, sol·licitud de subvenció, adjuntant el certificat de l'acord de la Junta de Govern Local, de data 22 de desembre 2017, pel qual s'acorda:

“Facultar el regidor de l'Àrea de Mobilitat Sostenible perquè ostente la representació de l'Ajuntament de València per a la subscripció de la sol·licitud de les ajudes adés esmentades, i per a qualsevol actuació relacionada amb aquesta".

Cinqué.- Durant el tràmit de justificació, per la Direcció General d'Administració Local, es va requerir l'Ajuntament de València, sol·licitant de la subvenció, l'esmena de la documentació, mitjançant la presentació de l'encàrrec realitzat a l'EMT per a l'adquisició dels autobusos, acreditant el compliment dels extrems exigits per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic i, en concret l'article 86.2, i per la normativa de contractació per als mitjans propis o serveis tècnics, i en concret el que es disposa en els articles 4.1.n) i 24.6 del RDL 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP).

Sisé.- L'Empresa Municipal de Transports, SAU (EMT), aporta l'acta del Ple de l'Ajuntament de València, de data 22 de febrer de 2018, on s'acorda atribuir a l'Empresa Municipal de Transports, SAU (EMT), la condició de mitjà propi de l'Ajuntament de València, i l'escriptura pública, de data 12 de març de 2018, de modificació dels articles 1, 2, 4 i 10 dels estatuts socials de l'Empresa Municipal de Transports de València, SAU, on l'article 2 té la nova redacció següent:

“La societat és mitjà propi de l'Ajuntament de València encarregada de la gestió directa del servei públic de transport urbà col·lectiu de passatgers, com a òrgan tècnic/jurídic constituït conforme al qual disposa en la normativa específica reguladora del règim local, que es regeix per aquesta normativa en allò que continue aplicable a les societats mercantils locals, per les disposicions que regulen el règim jurídic de les societats de capital, i per les disposicions autonòmiques, estatals o europeus aplicables a les empreses de capital públic.”

Seté.- L'Empresa Municipal de Transports, SAU (EMT), aporta documentació acreditativa que l'encàrrec d'operar el servei de transport urbà col·lectiu de viatgers a la ciutat de València és un encàrrec que fa des de la constitució de l'entitat, indicant que no s'ha donat cap encàrrec específic per a adquirir flota en tota la vida de l'EMT, ja que s'entén àmpliament que l'encàrrec de prestar el servei públic de transport engloba tots els elements necessaris per a desenvolupar-lo, entre ells per descomptat, adquirir flota, carburant, o de contractar personal a l'efecte. En les seues al·legacions puntualitzen que l'EMT ha adaptat en els seus estatuts la redacció del seu objecte principal, que ja li va ser encomanat en 1986, per a recollir la denominació “d'encarregat”, en clara al·lusió a la denominació utilitzada per la Llei de contractes del sector públic. Presenta així mateix, acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de València, de data 22 de desembre de 2017, pel qual es faculta el regidor delegat de Mobilitat Sostenible, president del Consell d'Administració de l'EMT, a sol·licitar les ajudes en nom de l'Ajuntament, i per a qualsevol altra actuació relacionada amb aquesta, quedant materialitzat d'aquesta manera l'encàrrec.

CONSULTA:

A la vista d'aquests antecedents i la documentació presentada, es planteja la qüestió següent:

Es pot entendre que l'Ajuntament de València no necessita realitzar un encàrrec en els termes del TRLCSP, atès que l'EMT, com a entitat de sector públic, duu a terme la gestió del servei públic de transport urbà col·lectiu de passatgers, i té atribuïda la competència en la gestió del transport i adquisició d'autobusos que conforma el seu objecte social i, per tant, no escau en aquest cas la declaració de mitjà propi ni vehicular la compra de l'autobús per mitjà d'encàrrecs, en la mesura que l'entitat gestonaria el servei com a activitat pròpia per a la qual va ser creada, i no amb motiu d'un encàrrec rebut com mitjà propi del poder adjudicador que l'ha creat.



O pel contrari, en totes aquelles activitats que els estatuts consideren que l'entitat és mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de València, malgrat també configurar el seu objecte social, cal fer un encàrrec de gestió per part del poder adjudicador, i d'aquesta manera exigir el compliment de la normativa de contractació per als mitjans propis o serveis tècnics, i en concret amb el que es disposa en els articles 4.1.n) i 24.6 del RDL 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic.

EL DIRECTOR GENERAL D'ADMINISTRACIÓ LOCAL”.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

1. Qüestions prèvies. Gestió directa de serveis públics a través de Societat Municipal. Autogantització i redistribució de competències.

Les qüestions que planteja la Direcció General d'Administració Local no poden partionar-se de la potestat d'autoorganització de les entitats locals per a la gestió dels seus serveis públics de la seua competència, de conformitat amb els art. 26 i 85 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local.

L'art. 26.1.d) indica que en els municipis amb població superior a 50.000 habitants, a més hauran de prestar-se els serveis públics següents: transport col·lectiu urbà de viatgers.

I l'art. 85 del citat text legal:

2. Els serveis públics de competència local hauran de gestionar-se de la forma més sostenible i eficient d'entre les enumerades a continuació:

d) Societat mercantil local, el capital social del qual siga de titularitat pública.

Des d'aquest punt de vista, l'Empresa Municipal de Transports de València, SA “Unipersonal” (d'ara endavant EMT), i després dels tràmits enunciats en l'art. 85 segon paràgraf¹, segons els seus actuals estatuts: *“La societat és mitjà propi de l'Ajuntament de València, encarregat de la gestió directa del transport col·lectiu urbà de passatgers com a òrgan tècnic jurídic constituït conforme al que es disposa en la normativa específica reguladora del règim local, que es regeix per aquesta normativa en el que siga aplicable a les societats mercantils locals, per les disposicions que regulen el règim jurídic de les societats de capital, i per les disposicions autonòmiques, estatals o europees aplicables a les empreses a les empreses de capital públic.”*

1. Només podrà fer-se ús de les formes previstes en les lletres c) i d) quan quede acreditat mitjançant memòria justificativa elaborada a l'efecte que resulten més sostenibles i eficients que les formes disposades en les lletres a) i b), per al que s'hauran de tindre en compte els criteris de rendibilitat econòmica i recuperació de la inversió. A més, haurà de constar en l'expedient la memòria justificativa de l'assessorament rebut que s'elevà al Ple per a la seua aprovació, on s'inclouran els informes sobre el cost del servei, així com, el suport tècnic rebut, que hauran de ser publicitats. A l'efecte, es recaptarà informe de l'interventor local, qui valorarà la sostenibilitat financera de les propostes plantejades, de conformitat amb el que es preveu en l'article 4 de la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera.

En aquesta línia i atés que a l'efecte del present informe hem d'acudir al TRLCSP l'art. 8.2 (hui no contemplat en la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic), disposa en regular el contracte de gestió de serveis públics.

“2. Les disposicions d'aquesta llei referides a aquest contracte no seran aplicables als supòsits en què la gestió del servei públic s'efectue mitjançant la creació d'entitats de dret públic destinades a l'efecte, ni a aquells en què aquella s'atribuísca a una societat de dret privat el capital del qual siga, íntegrament, de titularitat pública.”

Una altra qüestió que ha de tindre's en compte es si estem davant una redistribució de competències per a exercir tasques de servei públic o estem davant una activitat econòmica.

El Document de treball dels serveis de la Comissió relatiu a l'aplicació de la normativa sobre contractació pública de la UE a les relacions entre poders adjudicadors [SEC(2011) 1169, de 4 d'octubre de 2011], en el punt 4.1 sota el títol “Redistribució de competències entre autoritats públiques”, assenjala:

«La competència jurídica per a exercir una tasca d'interés públic pot entendre's com l'obligació i el dret exclusius de realitzar-la amb els propis mitjans administratius, tècnics i d'un altre tipus, o recorrent a entitats externes. El concepte de competència per a l'acompliment d'una determinada tasca d'interés públic engloba l'autoritat oficial necessària per a establir el marc reglamentari en el qual s'inscriba la realització d'aquesta tasca per l'autoritat afectada. L'organització de l'Administració nacional com a tal no forma part de les competències de la UE. Per consegüent, correspon a cada estat membre organitzar o reorganitzar la seua Administració i, en el context d'aquesta reorganització, autoritzar la cessió entre autoritats de competències per a l'acompliment de determinades tasques públiques (per la seua naturalesa, el procés ací descrit no involucra cap entitat privada o de capital mixt). L'objectiu de les normes sobre contractació pública és regular les situacions en les quals un poder adjudicador contracta béns, serveis o obres, això és, la realització d'unes certes activitats econòmiques, a fi de satisfer les seues pròpies necessitats o les dels ciutadans. Un poder adjudicador que cedeix totes les competències per a l'acompliment d'una determinada tasca no contracta cap servei per als seus propis fins. En lloc d'això, cedeix la responsabilitat d'aqueixa determinada tasca a una altra entitat. La cessió de competències entre poders adjudicadors per a l'acompliment d'una determinada tasca no es regeix per les normes de contractació pública, que es basen, en part, en l'article 56 del TFUE (ex article 49 TCE), això és, en la lliure prestació de serveis».

La sentència del Tribunal de Justícia Europea en l'assumpte C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, de 21 de desembre de 2016, sobre aquest particular assenjala:

Cal recordar, alhora, en primer lloc que el repartiment de les competències dins d'un estat membre gaudeix de la protecció conferida per l'article 4 TUE, apartat 2, segons el qual la Unió ha de respectar la identitat nacional dels estats membres, inherent a les estructures fonamentals polítiques i constitucionals d'aquests, també referent a l'autonomia local i regional.

Doncs bé, amb independència de la circumstància que una decisió relativa a l'atribució de competències públiques no està compresa en l'àmbit de les transaccions econòmiques, el propi fet que una autoritat pública s'allibere d'una competència que tenia anteriorment, fa desaparèixer, d'altra banda, qualsevol interès econòmic en la realització de les funcions que corresponen a aquesta competència.



Per això, la reassignació dels mitjans utilitzats per a l'exercici de la competència, que es transmeten per l'autoritat que deixa de ser competent a la qual passa a ser competent, no pot analitzar-se com el pagament d'un preu, sinó que constitueix, per contra, una conseqüència lògica, fins i tot necessària, de la transferència voluntària o de la redistribució imposada d'aquesta competència de la primera autoritat a la segona.

Tenint en compte totes aquestes consideracions, escau respondre la primera qüestió de la forma següent:

L'article 1, apartat 2, lletra a), de la Directiva 2004/18, ha d'interpretar-se en el sentit que no constitueix un contracte públic un acord entre dues entitats territorials, com el controvertit en el litigi principal, sobre la base del qual aquestes adopten un estatut pel qual es crea un consorci d'entitats, amb personalitat jurídica de dret públic, i pel qual es transfereixen a aqueixa nova entitat pública determinades competències de les quals gaudien aquelles entitats fins llavors, i que d'ara endavant correspondran al consorci d'entitats.

No obstant això, tal transferència de competències relativa a l'acompliment de funcions públiques només existeix si es refereix, alhora, a les responsabilitats derivades de la competència transferida i als poders que en són el corollari, de manera que l'autoritat pública que és ara competent disposa d'autonomia decisòria i financera, la qual cosa correspon comprovar a l'òrgan jurisdiccional remitent.

El Tribunal Suprem en sentència de 28 de novembre de 2003, destaca:

“En el cas d'actuacions, l'Ajuntament de Cadis conserva la titularitat del servei públic d'aparcament subterrani de vehicles, els béns afectes continuen sent de domini públic local i aprova les tarifes, que és un element fonamental en la prestació del servei, de manera que EMASA fa les tasques materials de funcionament de l'aparcament, vigilància de l'entrada, estacionament i eixida de vehicles, i el cobrament del preu corresponent, al costat de les tasques de neteja, seguretat, etc., totes elles tasques materials, perquè les que impliquen exercici d'autoritat com és la imposició de sancions les ha d'exercir l'Ajuntament. En conseqüència, no hi hauria, en principi, i conforme a aquestes normes, cap inconvenient a considerar que EMASA és una encomanadora, és a dir, que actua per virtut d'un encàrrec de gestió del servei públic que ha convingut amb l'Ajuntament de Cadis.

No obstant això, cal tindre en compte l'apartat 5, d'aquest article 15, que disposa: «5. El règim jurídic de l'encàrrec de gestió que es regula en aquest article no serà aplicable quan la realització de les activitats enumerades en l'apartat primer, haja de recaure sobre persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, ajustant-se llavors, en el que escaiga, a la legislació corresponent de contractes de l'Estat (...)».

Podria, no obstant això sostindre's que queden excloses d'aquest precepte les societats municipals (participades al 100% pel seu respectiu ajuntament), però tal proposició no és necessària, perquè el raonament que segueix la Sala no passa indefectiblement per l'existència d'un encàrrec de gestió a favor d'EMASA, sinó per una cosa més senzilla, com és que EMASA és una forma de gestió directa dels serveis públics, contemplada i permesa per l'article 85.3 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril (Llei 847/1985), d'on es dedueix que manca de tot sentit que l'Ajuntament de Cadis s'autoritze o llicencie a si mateix, com seria afirmar que això ocorre respecte d'EMASA, senzillament perquè ens trobem davant una forma de gestió, o el que és el mateix, l'atribució de competències del municipi a una societat municipal.”

2. L'EMT mitjà propi i servei tècnic en la gestió de l'adquisició de dos autobusos elèctrics, o entre instrumental dotat de missió de servei públic.

L'objecte social principal ho constitueix l'organització i la prestació del servei públic de transport urbà, col·lectiu, en superfície, de passatgers i els seus equipatges, a València.

Codi Nacional d'Activitats Econòmiques CNAE-2009: 4931. Transport terrestre urbà de passatgers

Són activitats secundàries incloses en l'objecte social les següents:

- a) El disseny, planificació, construcció, gestió, explotació i administració d'infraestructures de transport, en les seues diverses maneres, incloses les estacions d'intercanvi, les plataformes viàries, els aparcaments públics i altres emplaçaments relacionats amb la mobilitat.
- b) L'explotació comercial, publicitària i d'informació en les plataformes i espais destinats a la comunicació pública en les infraestructures de transport.
- c) La participació en els processos d'integració de les maneres de transport i en el desenvolupament d'un sistema coordinat de gestió metropolitana de la mobilitat.
- d) L'explotació d'instal·lacions de generació d'energia de font renovable neta i lliure de carboni.

En l'art. 7 dels seus estatuts es determina que la Junta General estarà constituïda per l'Ajuntament en Ple, al qual correspon, entre altres, l'aprovació dels comptes, i en l'art. 14, la gestió i representació permanent de la societat correspon al Consell d'Administració, integrat pel nombre de consellers que determine la Junta General en l'acte de la seua elecció, que no podrà ser inferior a cinc ni superior a quinze. El nomenament dels consellers es realitzarà per la Junta General entre les persones que reunisquen les condicions exigides per les disposicions legals.

No és necessari citar les facultats del Consell d'administració que són les més àmplies, de conformitat amb les lleis de societats de capital.

D'una altra part és indubtable que l'EMT té autonomia financera en comptar amb el seu propi pressupost i generar els seus propis recursos financers.

A tal fi i per a complir amb el que es disposa en el TRLCSP, amb els tràmits oportuns previs, també l'EMT es va configurar com a mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de València.

No obstant això, en delimitar les activitats amb missió de servei públic de les altres activitats econòmiques que conformen el seu objecte social, és on hem de fer notar la diferent manera de subjecció a la legislació de contractes en el compliment del necessari encàrrec de gestió, en termes del 24.6 del TRLCSP.

La qüestió concreta consisteix a dilucidar si l'adquisició per part de l'EMT dels autobusos es va exercir com a gestora del servei públic o com una activitat econòmica puntual.

Des d'aquest punt de vista no hi ha cap mena de dubte que l'adquisició dels autobusos elèctrics forma part consubstancial del servei públic de transport urbà col·lectiu, la gestió directa del qual correspon a l'EMT. D'una altra part, si ens atenim al disposat en l'art. 24.6, l'encàrrec de gestió requereix una compensació econòmica. Així:



“En tot cas, s'entendrà que els poders adjudicadors ostenten sobre un ens, organisme o entitat un control anàleg al que tenen sobre els seus propis serveis si poden conferir-los encàrrecs de gestió que siguin d'execució obligatòria per a ells, d'acord amb instruccions fixades unilateralment per l'encomanant, i la retribució del qual es fixe per referència a tarifes aprovades per l'entitat pública de la qual depenguen (el subratllat és nostre).

Dels antecedents obrants en la consulta remesa per la Direcció General d'Administració Local, l'EMT no ha cobrat cap tarifa per la gestió de l'adquisició dels dos autobusos elèctrics.

Entenem que davant la situació que es presenta l'adquisició dels dos autobusos elèctrics a través d'una societat creada específicament per a gestionar el servei públic de transport urbà col·lectiu no és necessari l'encàrrec de gestió de l'art. 24.6 del TRLCSP, si bé l'EMT ha de respectar la legislació de contractes del sector públic com a poder adjudicador no administració, relativa al contracte de subministrament amb plena subjecció a aquella en tractar-se d'un contracte que pel seu valor estriat és de regulació harmonitzada.

En aquest sentit poden portar-se a col·lació l'Informe 5/2019, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya, en el qual argumenta que les entitats locals poden prestar directament serveis públics locals de la seua competència a través d'una entitat instrumental, a la qual atribueixen la competència per a la seua gestió, sense que siga necessari que aquesta entitat tinga, per a l'exercici de la competència atribuïda, la consideració de mitjà propi. Així, havent analitzat la delimitació de l'atribució de competències per a la gestió directa de serveis públics del supòsit per encàrrec de prestacions a mitjans propis personificats, aquesta Junta ja ha recordat la necessitat de distingir el supòsit de gestió directa d'un determinat servei públic local competència d'una entitat local a través d'una entitat instrumental –en el cas que s'atribueix la competència per a la gestió d'un servei públic que comporta el desenvolupament d'un conjunt d'activitats i d'actuacions que són necessaris per a prestar-lo–, dels supòsits en què l'entitat local encarrega a l'entitat instrumental la simple prestació d'un servei o la realització d'una activitat econòmica concreta. Per tant, cal respondre a la qüestió plantejada en el sentit que, si una empresa gestiona un servei per tindre'n atribuïda la competència en virtut de la seua norma de creació o d'un altre títol, tal com es desprèn de la petició d'informe –“en la mesura en què l'entitat gestonaria el servei com a activitat pròpia per a la qual va ser creada (tenint en compte que són activitats que conformen l'objecte social), i no amb motiu d'un encàrrec rebut com mitjà propi del poder adjudicador que l'ha creada”–, la gestió del servei per part d'aquesta societat prové d'aquesta atribució, sense que es requerisca, ni escaiga, un encàrrec com a mitjà propi, ni cap altre títol habilitant.

CONCLUSIONS

L'adquisició de dos autobusos elèctrics per l'EMT forma part d'aqueixa missió de servei públic per a la gestió directa del qual es va constituir, no sent-hi aplicable l'art. 24.6 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic.

El present informe s'emet a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no 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-ne la decisió en aquest últim cas».

LA SECRETÀRIA,

Vist i plau,
EL PRESIDENT,
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC.

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 28 de juliol de 2021