

## INFORME 8/2003, DE 18 DE DICIEMBRE. SOMETIMIENTO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS CALIFICADAS COMO MEDIO PROPIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN SUS OPERACIONES CON TERCEROS.

Por la Subsecretaría de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo se remite a la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe de la Dirección General de Economía con el siguiente tenor literal:

*“ Se presenta ante 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, una consulta sobre los requisitos básicos de contratación administrativa que deben cumplirse en la ejecución de obras, suministros y servicios realizados directamente por la propia Administración.*

*En los supuestos de actuaciones que se llevan a cabo por Sociedades Anónimas de capital íntegramente público por su condición de medio propio de la Administración Pública, según lo recogido en los artículos 152 para obras, 194 para suministros y 199 para servicios, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD 2/2000, de 16 de junio, ¿deben dichas Sociedades en su colaboración con terceros ajustarse a la normativa de contratación pública?.”*

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión a dilucidar gira en torno a la aplicación de las normas sobre contratación pública por aquellas sociedades que actuando como medio propio de la Administración, subcontratan la ejecución de los contratos con terceros.

El tema fue objeto de debate en el seno de en el Parlamento Europeo por razón de la posible incompatibilidad formulada por las contrataciones que a modo de encargo se hacían a la empresa estatal TRAGSA.

La respuesta del Sr. Bolkestein en nombre de la Comisión a la Pregunta escrita E-3837/02. En síntesis, la respuesta de la Comisión viene a decir lo siguiente:

1.- Según la legislación española Tragsa no se considera un organismo de derecho público y, en consecuencia, no se considera vinculada a las directivas comunitarias por lo que respecta a los contratos que suscribe con terceros, en los casos en que se sobrepasan los límites máximos de aplicación, ni se siente obligada a respetar las exigencias derivadas del principio de transparencia y publicidad del Tratado CE, en los demás casos.

2.- De acuerdo con una jurisprudencia reiterada del Tribunal, manifiesta el concepto de organismo de derecho público debe recibir una interpretación funcional y la calificación depende de las tres condiciones enunciadas en las directivas, condiciones que Tragsa cumple.

3.- La Ley 53/2002 de Medidas fiscales, administrativas y sociales, de 30 de diciembre de 2002, modifica el régimen jurídico de Tragsa con el fin de conformarlo a las exigencias de la Comisión, si bien en el sentido de aplicar las normas de contratación pública en el caso de contratos sometidos a las Directivas en razón de los umbrales. (art. 87) En efecto, el artículo 87 de dicha ley añade un apartado 7 al artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de 1997, que prevé que Tragsa y sus filiales estén sujetas, por lo que se refiere a la celebración de contratos de concesiones de obras, suministros, asistencia y servicios con terceros, a la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que regula la aplicación, en la legislación española, de las obligaciones derivadas de la legislación comunitaria en materia de contratos públicos.

En reiterados informes esta Junta ha hecho referencia a tal concepto. (Informe 3/2003, de 22 de mayo; Informe 6/2003, de 22 de septiembre). Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado en multitud de sentencias esta cuestión. Recientemente con fecha 16 de octubre de 2003, se ha condenado al Reino de España por incumplimiento del derecho comunitario en relación con la Sociedad para la construcción de infraestructuras penitenciarias Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de octubre de 2003

El Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, antes citada, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva.

Es ilustrativa en este sentido la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que nuevamente se vuelve a condenar al Reino de España por incumplimiento basado en la no adaptación al Derecho interno de la Directiva 89/665/CEE sobre Procedimientos de recurso en materia de contratos públicos. En este sentido, el Tribunal reiterando los criterios anteriormente señalados incide en lo siguiente:

“Habida cuenta de las anteriores consideraciones, no cabe interpretar el concepto de «organismo de Derecho público» utilizado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en el sentido de que los Estados miembros pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas y, en consecuencia, del de la Directiva 89/665.

Por tanto, se deduce de lo anterior que, en la medida en que excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, la normativa española de que se trata en el caso de autos<sup>1</sup> no incorpora correctamente el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.”

<sup>1</sup> Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, art. 1.3. con el mismo texto figura en el TRLCAP 2/2000, recientemente recurrido por la Comisión.

Si la sociedad pública en cuestión reúne el carácter funcional de la no satisfacción de actividades mercantiles o industriales si no de interés general- que no devienen de su estructura de S.A.- sino del objeto para que fue creada, incluso a mayor abundamiento, de los contratos que tiene suscritos de los que se puede derivar esa satisfacción de necesidades de interés general, junto con los otros dos elementos determinantes, a saber:

dotado de personalidad jurídica, y  
cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En este caso la sociedad deberá ajustarse en sus relaciones con terceros a los principios de la contratación pública enunciados en las directivas comunitarias.

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, apartados 50, y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, fundamento 47).

En los contratos no sometidos a las Directivas, por aplicación del art. 1.3 y disposición adicional sexta del TRLCAP, se evidencia que quedarían fuera de la aplicación de la ley nacional sobre contratos públicos. Es más, bastaría cumplir con los principios de publicidad y concurrencia. Publicidad en cualquier medio de comunicación.

La Sentencia de referencia de contra el Reino de España ha traído como consecuencia que, al momento de la aprobación del presente Informe, se halle en trámite la modificación del art. 2.1 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y Disposición Adicional Sexta por vía de la Ley de Medidas administrativas, fiscales y del orden social, con el siguiente tenor literal:

*“Art. 61.bis. modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.*

*Uno. Se modifica el apartado 1 del artículo 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, que queda con la siguiente redacción:*

*1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en la letra b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetos a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y*

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO  
Junta Superior de Contratación Administrativa  
Avellanas, 14 - 4º K  
46003 VALENCIA  
Tel. 963.98.50.80  
Fax. 963.98.50.90

*formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalentes a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.»*

*Dos. Se da nueva redacción a la Disposición adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*«Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público.*

*Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.”<sup>2</sup>*

En otro orden de cosas, una atenta lectura del Libro Verde de la Contratación pública, (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996) exige en estos casos el sometimiento a los principios del tratado que no merme la igualdad y no discriminación de trato, libre prestación de mercancías y servicios, transparencia:

“Los procedimientos previstos por las directivas comunitarias son aplicables exclusivamente a los contratos públicos de un importe estimado superior a los umbrales establecidos. Algunos poderes adjudicadores consideran que los contratos públicos que no alcanzan estos umbrales no están sometidos a ninguna disposición comunitaria, de manera que en ocasiones estos contratos se adjudican sin haber convocado previamente un concurso público. Muchos de estos contratos son de una importancia considerable, en particular para la pequeña y mediana empresa. Al igual que el otorgamiento de concesiones y contratos similares, la adjudicación de estos contratos debe efectuarse respetando las disposiciones del Tratado CE sobre la libre circulación de mercancías y servicios y los principios fundamentales de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, que se hallan en su base.” (apartado 3.28)

Asimismo, el art. 2.2 del Texto Refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas somete a la misma hasta la adjudicación a los contratos de derecho privado en los que se den algunos de los siguientes requisitos:

“Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE),<sup>3</sup> 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 5.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 200.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

<sup>2</sup> BOCG. Senado, serie II, núm. 173-d, de 04/12/2003

<sup>3</sup> Ingeniería civil: construcción de carreteras, puentes, vías férreas, etc.

En el caso de contratos de sociedades públicas cofinanciados por Fondos europeos, el Reglamento CE 483/2001, de la Comisión, de 2 de marzo de 2001 exige la conformidad de las normas nacionales y comunitarias sobre contratación pública.

Evidentemente acogerse al actual marco de la TRLCAP podría dar como resultado la no compatibilidad con los principios del Tratado.

Desde otro punto de vista, resulta interesante traer colación el Decreto Foral 150/2003, de 23 de junio, por el que se regula la ejecución directa de obras, servicios, suministros y demás actividades través de sociedades públicas de la Comunidad Foral de Navarra, cuyo art Artículo 5.º Régimen de colaboración con particulares, dispone:

1. Las sociedades públicas podrán requerir en sus actuaciones obligatorias la colaboración de empresarios particulares sin que el importe de dicha colaboración pueda superar las cuantías establecidas en los artículos 118 y 119<sup>4</sup> de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra.
2. Para la selección de los colaboradores, las sociedades públicas aplicarán los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y objetividad, salvo cuando la naturaleza de la actuación fuese incompatible con la aplicación de dichos principios.

## CONCLUSIONES

1ª.- Las sociedades de capital íntegramente de la Generalitat Valenciana que constituyan un medio propio de la Administración y que de acuerdo con la normativa comunitaria se configuren como poder adjudicador deberán contratar la ejecución de sus contratos con terceros conforme a las normas de contratación pública en los contratos incluidos en aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública hasta la adjudicación.

2ª.- En los contratos excluidos de aplicación de las directivas, se deberán respetar los principios básicos del Tratado en cuanto a igualdad, transparencia, libre competencia y libre prestación de servicios y mercancías. En este sentido se recomienda la publicidad del anuncio de licitación en medios de comunicación incluidos diarios oficiales dada su gran difusión; el establecimiento de unos criterios de selección del contratista que no discriminen por razón de nacionalidad al licitador, o al país de origen del producto o mercancía y la fijación de unos criterios objetivos, en su caso, para la selección de las proposiciones

3ª.- Será de aplicación hasta la adjudicación lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las sociedades públicas que se encuentren por su situación objetiva en los supuestos regulados en el art. 2.2 de dicha norma.

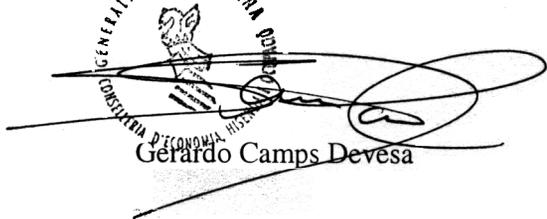
---

<sup>4</sup> Regulan la ejecución de obras por la propia Administración. Las cuantías hacen referencia a los umbrales comunitarios.

CONSELLERIA DE ECONOMIA, HACIENDA Y EMPLEO  
**Junta Superior de Contratación Administrativa**  
Avellanas, 14 - 4º K  
46003 VALENCIA  
Tel. 963.98.50.80  
Fax. 963.98.50.90

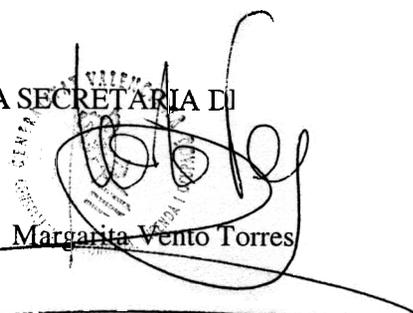
**El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá 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**



**Gerardo Camps Devesa**

LA SECRETARIA DE



**Margarita Vento Torres**

**APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE  
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 18 de  
diciembre de 2003.**