

INFORME 5/2009, DE 7 DE JULIO DE 2009. INAPLICACIÓN DEL ART. 24 EN RELACIÓN CON EL ART. 4.1.n) DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A LAS EMPRESAS MIXTAS. SOMETIMIENTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Con fecha 29 de junio de 2009, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, solicitud de informe por el Consorcio del plan Zonal de Residuos, Zonas X, XI y XII, Área de Gestión 1, con el siguiente tenor literal:

"D. José Ribera Añó, Presidente del Consorcio del plan Zonal de Residuos, Zonas X, XI y XII, Área de Gestión 1, ante esa Junta comparece y como mejor en derecho proceda dice:

1.- Que de conformidad con el Plan Zonal aprobado por Orden del Conseller de Territorio y Vivienda de fecha 29 de octubre de 2004, la Diputación de Valencia debe ceder al Consorcio la Planta de Tratamiento de Residuos sita en el término municipal de Guadassuar (Valencia).

2.- Que en cumplimiento de dicha previsión, la Diputación de Valencia, en virtud del acuerdo adoptado por el Pleno de fecha 22 de mayo de 2007, aprueba la cesión de los bienes integrantes de la Planta, en los siguientes términos:

4.- Subrogar a favor del Consorcio: la encomienda de gestión de servicio relativa a la dirección técnica de la explotación de la Planta a favor de GIRSA'.

3.- que existe un informe del secretario General del Consorcio, de fecha 14 de enero de 2008, en el que se concluye:

'Es patente, por tanto, que la situación con la que en 1993 se produce la encomienda de gestión, es sustancialmente distinta a la que deriva a partir de la privatización de GIRSA, que si bien podía mantenerse con la Ley 13/1995, ya no es posible a partir de la modificación operada por la Ley 53/1999, incorporada al Texto Refundido de la Ley de Contratos, de forma que lo que en un principio puede ser objeto del instrumento jurídico llamado encomienda, que permite que la Diputación Provincial gestione directamente a través de sus entes instrumentales cualquiera de sus competencias, ya no es posible y deba acudir a la vía de la contratación pública mediante procedimientos abiertos a la participación y la competencia.

Por lo tanto, consideramos que no debe el Consorcio aceptar la subrogación de la encomienda a Girsra de la dirección técnica de la Planta de Guadassuar, por entender que se halla viciada. En su momento, una vez producida la sustitución de la Diputación en el contrato de concesión de la explotación de la Planta se podrá decidir por el órgano competente del Consorcio sobre la conveniencia y la fórmula de gestionar este servicio.'

4.- *Que con posterioridad, por el actual Secretario General del Consorcio, en fecha 17 de junio de 2009, se emite informe adhiriéndose en su totalidad al del anterior Secretario del Consorcio.*

Como quiera que existen discrepancias interpretativas sobre si la mercantil Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos S.A. (G.I.R.S.A.), que en la actualidad está privatizada y la Diputación de Valencia sólo tiene el 51% de participaciones, no puede desde el punto de vista de la actual Ley de Contratos del Sector Público, ser acreedora de la encomienda de gestión de servicio relativa a la dirección técnica de la explotación de la Planta de Guadassuar, debiéndose acudir a la vía de la contratación pública mediante procedimientos abiertos a la participación y a la competencia.

Por todo lo que antecede es por lo que SOLICITA

Que con carácter de urgencia se emita informe al respecto, ya que se tiene previsto convocar a la Comisión de Gobierno y a la Junta de Gobierno del Consorcio, para que, respectivamente, informen y resuelvan sobre si se acepta el acuerdo del Pleno de la Diputación de Valencia de la encomienda a la mercantil GIRSA de la gestión de servicio relativa a la dirección técnica de la explotación de la Planta de Guadassuar."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En relación con el objeto de consulta, esta Junta Superior ya tuvo ocasión de pronunciarse, asimismo sobre una empresa mixta de la Excm. Diputación Provincial de Valencia en informe 4/2005, de 28 de junio de total aplicación las conclusiones del Informe mencionado. En el informe indicado hacía referencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de enero de 2005 Stadt Halle y RPL Lochau. Este pronunciamiento deja muy claro lo siguiente:

1.- Con arreglo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no está excluido que puedan darse circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan. Es decir los llamados contratos in house providing, actualmente regulados en el Art. 24 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2.- La participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

3.- La relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y características derivadas de las exigencias de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones y características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

4.- La adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

La conclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es tajante: *“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.”*

Con posterioridad, asimismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha de fecha 10 de noviembre de 2005 y sobre la base de un contrato de servicios de eliminación de residuos indica : La cesión poco tiempo después del 49 % de las participaciones en AbfallGmbH a Saubermacher AG, menoscabaría el efecto útil de la Directiva 92/50. La consecución del objetivo que dicha Directiva pretende alcanzar, esto es, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, quedaría en entredicho si las entidades adjudicadoras pudieran recurrir a mecanismos dirigidos a enmascarar la adjudicación de contratos públicos de servicios a empresas de economía mixta.

La Ley 30/2007, de 31 de octubre, de contratos del Sector Público no hace sino recoger la Jurisprudencia Comunitaria sobre esta cuestión, sin que, de no haberlo hecho expresamente, las conclusiones de esta Junta hubieran sido las mismas.

Así el Art. 24. 6: *“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.”*

CONCLUSIONES

PRIMERA. - No es posible legalmente ni encargos directos ni encomiendas de gestión a la empresa de capital mixto GIRSA para la dirección técnica de la planta de la explotación de la Planta de Guadassuar, al no darse la premisas en esta sociedad para ser considerada ente instrumental y por tanto medio propio y servicio técnico de la Diputación de Valencia.

SEGUNDA.- El Consorcio consultante para la contratación de la dirección técnica de la explotación Planta de Guadassuar deberá acudir necesariamente a los procedimientos de la contratación pública, con pleno respeto a los principios de publicidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia, pudiendo la empresa GIRSA tomar parte en el procedimiento que se convoque al efecto en las mismas condiciones que cualquier otro empresario.

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.

VºBº EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

LA SECRETARIA DE LA JUNTA




Margarita Vente Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 7 de julio de 2009