

Informe 14/01, de 27 de setembre de 2001

CONVENIS DE COL-LABORACIÓ AMB ENTITATS PRIVADES. OBJECTE I CONTINGUT. CONTRACTE DE CONSULTORIA I ASSISTÈNCIA. PROCEDIMENT NEGOCIAT.

ANTECEDENTS

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Innovació i Energia remet ofici a la Junta Consultiva acompanyat de sol·licitud d'informe del tenor literal següent:

“Interessa conèixer el criteri autoritzat de la JCC en relació amb el supòsit que a continuació s'exposa:

Una empresa privada va dur a terme la confecció del projecte encaminat a la implantació d'un parc eòlic a les Illes Balears. Els treballs es varen iniciar el darrer trimestre de 1996, i varen comprendre aspectes d'una multiplicitat de disciplines, que feien referència a la geologia, la climatologia, l'anemometria, la biologia, l'arqueologia, etc. També es varen dur a terme actuacions concretes, encaminades a fer compatible el parc eòlic amb el seu entorn.

De la mateixa manera, es varen efectuar estudis d'impacte ambiental, es va sotmetre el projecte a informació pública i es varen tramitar totes les autoritzacions administratives pertinents, com són les llicències municipals, la declaració d'interès general, l'adscripció de les instal·lacions previstes al règim especial de producció elèctrica, etc.

Posteriorment, aquesta empresa va modificar el criteri, en el sentit que no va considerar convenient realitzar el que s'havia planificat, que, malgrat tot, es podria dur a terme, atès que s'han complert de manera exhaustiva tots els pressupòsits previs.

La Conselleria d'Innovació i Energia està summament interessada a fer-se càrrec de l'execució del projecte, atès que el seu objecte s'inclou clarament en les pautes d'actuació que aquella s'ha marcat. En aquest sentit, hi ha la possibilitat de transferir-li la titularitat del disseny i, en principi, tampoc sembla excessivament complicat que pogués subrogar-se en la tramitació administrativa conclosa, respecte de les autoritzacions pertinents, ja que la raó d'exigir-les es fonamenta en l'objecte del pla, i no en la identitat del subjecte sol·licitant. Així doncs, es tractaria d'una sort d'adquisició “clau en mà”, d'un producte susceptible de posar-se en execució quasi immediatament.

Aquesta Assessoria Jurídica pensa que concorren elements suficients per considerar investit d'especificat suficient un eventual negoci jurídic la finalitat del qual fos l'adquisició del “paquet”, com per considerar-lo susceptible de ser exclòs de l'àmbit d'aplicació de la Llei de contractes de les administracions públiques. Això, perquè les prestacions que en configuren l'objecte determinen que sigui difícil enquadrar-lo en un dels contractes que preveu aquesta norma, pel que fa referència a la tramitació administrativa de les autoritzacions. No sembla que aquesta crucial part del projecte

estigui prevista en el precepte (ens referim a l'article 196 de LCAP, descriptiu de l'objecte dels contractes de consultoria i assistència i serveis, en qualsevol cas la figura més aproximada a la realitat que es descriu). Així, creiem que, a l'empara de l'article 3.1.d) d'aquesta norma legal, podria postular-se per a aquest atípic supòsit la no-subjecció a l'LCAP, i acudir al mecanisme del conveni de col·laboració amb entitats privades.

Es podria argumentar que, d'aquesta manera, seria factible obrir una bretxa a la interpretació de la norma, de tal manera que s'aconseguiria burlar-ne l'espirit, mitjançant procediments similars als que ens ocupen. És a dir, dur a terme un treball per part d'una empresa privada, que llavors l'Administració, al·legant que es tracta d'una cosa única en el mercat, adquireix eludint els mecanismes que preserven la concurrència. No obstant això, és difícil abrigar aquestes reticències en aquest cas. Això, perquè es tracta d'una labor de tracte successiu que s'ha perllongat de manera tempore suspecto. A més, la contraprestació econòmica que s'ha proposat per matèria, i només pel que tenen de dilatat els treballs i els mitjans i recursos utilitzats, molt inferior al valor del mercat del bé produït.

Així mateix, sembla difícil que es pugui trobar un producte de característiques similars, entre altres consideracions, perquè elaborar-lo, com ja s'ha dit, suposa una inversió molt grossa que cap empresa no estaria en condicions d'assumir, si no tengués assegurada a priori la seva alienació, la qual cosa, òbviament, no succeeix en el supòsit d'una convocatòria pública.

No obstant el que s'ha exposat, i per al cas que aquest organisme consultiu estimàs que les raons exposades no mereixen ser ateses, la segona qüestió que s'hauria de plantejar seria si, a l'empara del que estableix l'article 210, b) de l'LCAP, pel que fa a les raons d'índole tècnica, podria considerar-se admissible, d'acord amb el que s'ha exposat fins ara, acudir al procediment negociat sense publicitat.

Així doncs, i recapitulant, les qüestions que se sotmeten a la consideració d'aquesta Junta Consultiva són les següents:

1) És admissible subscriure un conveni dels que preveu l'article 3.1.d) de l'LCAP perquè la Conselleria d'Innovació i Energia adquireixi un projecte de les característiques descrites?

2) Si, a judici d'aquest organisme, fos necessari subjectar-se a les prescripcions de l'LCAP, seria factible acudir a un procediment negociat sense publicitat per a l'adjudicació del contracte corresponent, d'acord amb el que preveu l'article 210, b) de l'LCAP?"

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1 La pregunta la fa el secretari general tècnic de la Conselleria d'Innovació i Energia de la CAIB, qui té capacitat per a això en virtut del que estableixen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta

Consultiva i 15.1 del Reglament d'organització i funcionament, que es va aprovar per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.

2 Encara que el peticionari no ha diferenciat els aspectes formals dels requisits per a la sol·licitud d'informes que es recullen a l'apartat 1 de l'article 16 del Reglament (escrit que es motiva) i a l'apartat 3 (informe jurídic sobre la qüestió), el que és cert és que en l'escrit de sol·licitud, que subscriu el Servei Jurídic de la Conselleria, es conté tant la pregunta que es planteja com els arguments jurídics en què se sustenta el dubte per resoldre, per la qual cosa es tenen per complits tots els requisits formals que s'exigeixen per a l'emissió de l'informe.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. Malgrat l'ambigüitat terminològica utilitzada a l'escrit de sol·licitud d'informe, que unes vegades fa referència que la Conselleria està interessada a *“fer-se càrrec de l'execució del projecte”*, i altres que *“...es tractaria d'una sort d'adquisició –clau en mà- d'un producte susceptible de posar-se en execució...”*, i altres vegades parla d'un negoci jurídic *“investit d'especificitat suficient”* que justificaria l'exclusió de les normes de la Llei de contractes de les administracions públiques, del conjunt de la descripció de l'objecte del contracte que conté l'escrit de sol·licitud, com de la pregunta concreta amb la qual acaba l'exposició, hem d'entendre que es tracta d'un projecte de caràcter tècnic que fa referència a la creació d'un parc eòlic.

L'elaboració de projectes de caràcter tècnic es troba perfectament definida com un contracte de consultoria i assistència per l'article 196,2,a) de l'LCAP, i per tant no és factible acudir a la figura del conveni de col·laboració previst a l'article 3.1.d) d'aquesta Llei, atès que aquesta possibilitat només és factible, d'acord amb la dicció del precepte, *“... sempre que l'objecte no estigui comprès en els contractes que regulen aquesta Llei o normes administratives especials”*.

S'ha d'estar, doncs, als principis de la contractació administrativa que recull l'article 11 de l'LCAP, de publicitat, concurrència, igualtat i no-discriminació, que s'infringirien si se subscriu un conveni sobre una matèria objecte de tipificació contractual en la mateixa Llei i amb únic empresari, i no publicar-ho ni donar oportunitat a altres en la licitació corresponent.

El fet que una determinada empresa tingui un projecte elaborat d'alguna cosa que interessa a l'Administració no la fa creditora a una exclusivitat de tracte per part dels poders públics, sinó que tan sols la col·loca en una situació de privilegi en el mercat, atès que una vegada definides les característiques i condicions del projecte que interessa a l'Administració i produïda la licitació corresponent, quin dubte hi ha que l'empresa en qüestió comptarà amb més avantatges a l'hora d'efectuar la proposició, però això no és sinó la conseqüència del lliure mercat i de la competència, i no significa, simplement per això, que és l'única

capaç de concórrer-hi, ni que hagi de ser, necessàriament, l'adjudicatària del contracte.

Quant a l'aspecte del preu que s'insinua en l'escrit de sol·licitud com a favorable a l'Administració perquè és molt inferior al del mercat, s'ha de dir que per imperatiu de l'article 14 de l'LCAP els òrgans de contractació *“han de vetllar perquè el preu dels contractes sigui l'adequat al mercat”*, sota pena de caure en una no desitjable discriminació, i sense perjudici de les baixes que els licitadors ofereixin en les seves proposicions, que si, d'acord amb els corresponents plecs de clàusules administratives particulars, poguessin ser considerades com a baixes temeràries, s'haurien d'adoptar les cauteles que l'LCAP preveu per a aquests casos abans de procedir a l'adjudicació.

SEGONA. El segon aspecte que planteja el peticionari de l'informe és si *“seria factible acudir a un procediment negociat sense publicitat per a l'adjudicació del corresponent contracte, d'acord amb el que preveu l'article 210 b) de l'LCAP”*.

A aquesta Junta, se li escapen quines podrien ser les raons tècniques o artístiques o relacionades amb la protecció de drets exclusius, a què fa referència aquest article de l'LCAP, que poguessin justificar la utilització del procediment negociat que, en qualsevol cas, si existissin, haurien de ser justificades degudament a l'expedient, com ordena l'article que ens ocupa, i que, òbviament, no poden estar conformades per l'existència prèvia dels treballs en què hagi de consistir el projecte, i que, en teoria, poden efectuar altres empreses locals, nacionals o estrangeres, comunitàries o no, que tenguin la preparació adequada i mitjans tècnics.

S'ha de tenir en compte que, si com es diu a l'escrit del Servei Jurídic de l'òrgan consultant, hi ha la possibilitat de trobar en el mercat un producte de característiques similars (malgrat que s'afirma que *“sembla difícil”*, però no impossible), el que és obvi és que la millor manera d'obtenir-lo és a través d'una convocatòria pública, i no al contrari, com afirma l'interpel·lant, que es basa que ningú atendria una inversió tan grossa sense tenir assegurada a priori l'alineació, ja que precisament l'adjudicació d'un contracte constitueix l'assegurament de la seva alienació.

En conseqüència, i d'acord amb l'article 208.3, el concurs és la forma normal d'adjudicació d'aquests contractes.

CONCLUSIÓ

Per tot això, la Junta Consultiva entén:

1 Que en la confecció o elaboració d'un projecte de caràcter tècnic que faci referència a la creació d'un parc eòlic, el negoci jurídic pel qual es dugui a terme ha de ser un contracte administratiu de consultora i assistència, per la

qual cosa no és factible, en aquest cas, acudir a la figura del conveni de col·laboració de l'article 3.1.d) de l'LCAP.

2 Que el concurs és la forma normal d'adjudicació d'aquest tipus de contractes.