



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 17 de desembre de 2008

Informe 5/08, de 17 de desembre de 2008. Abast de la subjecció de l'Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la Llei de contractes del sector públic

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria d'Habitatge i Obres Públiques ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“De conformitat amb l'article 15.2 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, se sol·licita dictamen relatiu a l'abast de subjecció de l'empresa pública Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la LCSP.”

2. La secretària general de la Conselleria d'Habitatge i Obres Públiques està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern, de 10 d'octubre. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de l'Institut Balear de l'Habitatge, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a l'abast de la subjecció de l'Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) a la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant LCSP).

La consulta ve motivada per l'aprovació de la nova llei reguladora de la contractació pública, la LCSP, que es va publicar al *Butlletí Oficial de l'Estat* dia 31



d'octubre de 2007, i que incorpora al dret nacional el contingut de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

2. L'àmbit subjectiu de la nova LCSP es regula en l'article 3, i preveu tres categories distintes d'ens i, en conseqüència, tres nivells de subjecció a les normes reguladores de la contractació administrativa. Aquestes categories són:
 - Administracions públiques (art. 3.2), que són en tot cas poder adjudicador i se sotmeten íntegrament a la LCSP, amb independència de l'import del contracte.
 - Ens del sector públic que, sense tenir el caràcter d'Administració pública, estan subjectes a la Directiva 2004/18/CE (poders adjudicadors no Administració pública, art. 3.3 lletres *b* i *c*), que es sotmeten parcialment a la Llei. Així, els poders adjudicadors estan subjectes a la Directiva 2004/18/CE i, en conseqüència, els contractes subjectes a regulació harmonitzada subscrits per aquests ens se sotmeten a la LCSP, mentre que els contractes inferiors als llindars comunitaris han de ser regulats per unes instruccions internes.
 - Ens del sector públic que no són Administració pública ni estan sotmesos a la Directiva (art. 3.1). Aquesta categoria d'ens és residual i inclou tots els ens que no tenen la consideració de poder adjudicador ni, per tant, d'Administració pública. Així doncs, es tracta dels ens, els organismes o les entitats creats per satisfer necessitats que tinguin caràcter mercantil o industrial. Els ens del sector públic que integren aquesta categoria no estan sotmesos a la Directiva 2004/18/CE ni a les regles de la LCSP, però la LCSP introdueix algunes previsions amb la finalitat de garantir l'objectivitat i l'eficiència en l'ús dels fons públics.
3. Per determinar l'abast de l'àmbit subjectiu d'aplicació de la LCSP i el règim de contractació aplicable a l'Institut Balear de l'Habitatge (en endavant, IBAVI) és necessari examinar el concepte de poder adjudicador inclòs en la Directiva 2004/18/CE i en l'article 3.3 de la LCSP.

L'exposició de motius de la LCSP assenjala que una de les novetats de la nova Llei és precisament la delimitació del seu àmbit d'aplicació, i disposa que:

A fi d'ajustar l'àmbit d'aplicació de la Llei al de les directives comunitàries, com també



per no deixar entitats del sector públic exemptes de regulació, la delimitació dels ens subjectes es realitza en termes molt amplis. A aquests efectes, l'article 3.1 enumera a les lletres a) a g) les entitats que (...) es considera convenient que, en tot cas, se subjectin a la legislació de contractes públics (...). Per assegurar el tancament del sistema, la lletra h) d'aquest apartat –que funciona com a clàusula residual i reproduceix literalment la definició d'«organisme públic» de la Directiva 2004/18/CE, com a poder adjudicador que hi està sotmès– garanteix que, en qualsevol cas, l'àmbit d'aplicació de la Llei s'estengui a qualsevol organisme o entitat que, d'acord amb la norma comunitària, hagi d'estar sotmès a les seves prescripcions.

El concepte de poder adjudicador es defineix en l'article 1.9 de la Directiva 2004/18/CE de la manera següent:

Són considerats «poders adjudicadors»: l'Estat, els ens territorials, els organismes de Dret públic i les associacions constituïdes per un o més d'aquests ens o d'aquests organismes de Dret públic.

És considerat «organisme de Dret públic» qualsevol organisme:

- a) creat específicament per satisfer necessitats d'interès general que no tinguin caràcter industrial o mercantil,*
- b) dotat de personalitat jurídica i*
- c) l'activitat del qual estigui majoritàriament finançada per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic, o bé la gestió del qual es trobi sotmesa a un control per part d'aquests últims, o bé l'òrgan d'administració, de direcció o de vigilància del qual estigui compost per membres dels quals més de la meitat siguin nomenats per l'Estat, els ens territorials o altres organismes de Dret públic.*

En l'annex III figuren les llistes no exhaustives dels organismes i de les categories d'organismes de Dret públic que compleixen els criteris enumerats en les lletres a), b) i c) del paràgraf segon. Els Estats membres notificaran periòdicament a la Comissió les modificacions que s'hagin produït en les seves llistes.

Aquesta definició s'ha d'interpretar de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (en endavant, TJCE), segons la qual el concepte d'«organisme de dret públic» és un concepte de dret comunitari que s'ha d'interpretar en sentit ampli i que ha de rebre una interpretació autònoma i uniforme en tota la Comunitat Europea, i que es defineix des d'un punt de vista funcional d'acord exclusivament amb tres requisits acumulatius. Així s'estableix en les sentències *Mannesmann Anlagenbau Àustria* i altres, de 15 de gener de 1998, *Universale-Bau* i altres, de 12 de desembre de 2002,



Comissió/Espanya, de 15 de maig de 2003, *Comissió/Espanya*, de 16 d'octubre de 2003, i *Comissió/Espanya*, de 13 de gener de 2005.

Els tres requisits a què fa referència la jurisprudència comunitària són:

a) La naturalesa de l'activitat. S'ha d'atendre a la naturalesa de l'activitat de l'organisme: satisfer necessitats d'interès general que no tinguin exclusiu caràcter mercantil.

En aquest sentit, la sentència del TJCE de 15 de gener de 1998 (assumpte C-44/96 *Mannesmann*) indica que si hi ha una funció d'interès general, es produeix una *vis* atractiva del primer element, al marge que l'activitat tenguí vessants mercantils o industrials, i s'ha d'entendre que aquest ens se sotmet a les regles de contractació pública.

La sentència del TJCE de 10 de novembre de 1998 (assumpte C-360/96, *BFI Holding BV, ARA*) indica que som en presència d'un poder adjudicador quan la funció és d'interès general, encara que l'activitat es presti en règim de competència.

Aquesta mateixa doctrina es recull en les sentències del TJCE de 17 de desembre de 1998 (assumpte *Irish Forestry Board*), de 27 de febrer de 2003 (assumpte *Adolf Truley*) i de 22 de maig de 2003 (assumpte *Korhonen*).

La jurisprudència distingeix, doncs, entre necessitats d'interès general que tenen caràcter industrial o mercantil i necessitats que no tenen aquest caràcter. Aquest criteri no es veu afectat pel fet que empreses privades satisfacin o puguin satisfer les mateixes necessitats que l'entitat, ja que la inexistència de competència no és un requisit necessari per definir un organisme de dret públic. Així, la sentència de 10 de novembre de 1998 (assumpte C-360/96, *BFI Holding BV, ARA*) ja va establir que el fet que empreses privades satisfacin, o puguin satisfer, les mateixes necessitats que un organisme públic en règim de competència, tan sols és un indicatiu del possible caràcter mercantil d'aquestes activitats, però no pot ser determinant que s'hagin de considerar necessàriament com a mercantils, ja que encara que existeixi oferta d'aquestes activitats en lliure mercat, poden existir raons d'interès general que motivin que els poders públics decideixin satisfer-les per si mateixos, o respecte de les quals vulguin conservar una influència determinant, de tal forma que els ens o organismes públics que les portin a terme les desenvolupin seguint criteris no necessàriament econòmics, a fi d'aconseguir els objectius d'una determinada política pública.



Cal destacar la sentència del TJCE de 13 d'octubre de 2003, de condemna al Regne d'Espanya en l'assumpte *SIEPSA*, que va establir que en absència de risc empresarial, una empresa pública o qualsevol altre ens controlat pel poder públic es comporta com a poder adjudicador i s'ha de sotmetre a les regles i principis de la contractació pública.

En conseqüència, la jurisprudència comunitària permet deduir que per determinar el compliment d'aquest requisit és indiferent que, a més de satisfer necessitats d'interès general, l'entitat dugui a terme altres activitats que no satisfacin necessitats d'interès general, i fins i tot que les activitats que satisfan l'interès general constitueixin només una part poc important de la seva activitat.

b) La personalitat jurídica. Per considerar que un ens és un poder adjudicador, ha de tenir personalitat jurídica pròpia, si bé per al dret comunitari la forma jurídica adoptada —pública o privada— és indiferent, perquè s'ha de fer una interpretació funcional.

Així doncs, les empreses mercantils no es poden entendre excloses de l'àmbit d'aplicació, sinó que primer s'ha de determinar si la seva activitat es pot incloure en els paràmetres funcionals explicats a fi de considerar-la poder adjudicador.

En aquest sentit es varen manifestar les sentències del TJCE de 15 novembre de 1998 (assumpte *BFI Holding BV, ARA*), que es remetia també a la sentència del TJCE de 20 de setembre de 1988 (assumpte *Beentjes*), i la sentència del TJCE de 15 de maig de 2003 (assumpte *Comissió/Espanya*).

c) El control de l'ens per part de l'Administració pública. S'exigeix que el control de l'ens sigui de l'Administració pública, ja sigui per via financera o per qualsevol altre mitjà. Per tant, s'ha d'atendre a la "influència dominant" del poder públic sobre l'organisme adjudicador.

El supòsit de finançament majoritari es completa amb els casos en què la gestió de l'entitat es troba sotmesa a un control per part de l'Administració pública, o en què els òrgans d'administració, de direcció o de vigilància de l'entitat es componen per membres més de la meitat dels quals siguin nomenats per les administracions públiques i altres entitats de dret públic.

S'ha d'entendre que també concorre aquest tercer requisit quan hi ha un control final en la presa de decisions per part del poder públic. Així ho ha afirmat la



sentència del TJCE d'1 de febrer de 2001 (assumpte C-237/99 *Societats anònimes d'habitatges de lloguer moderat*), que considera sotmeses al règim de contractació pública les empreses franceses dedicades a la construcció d'habitatges per part de serveis públics de construcció i d'urbanització i de societats anònimes d'habitatges de lloguer moderat. Aquesta sentència considera que, si bé les societats anònimes d'habitatges de lloguer moderat són societats mercantils, els preus de cost es determinen mitjançant una decisió administrativa, cosa que permet al Tribunal concloure que l'activitat que exerceixen no té caràcter mercantil.

Tal i com ha confirmat reiteradament el TJCE a partir de la sentència *Mannesmann* i s'indica també a la sentència *Societats anònimes d'habitatges de lloguer moderat*, els tres requisits relatius a la naturalesa de l'activitat, la personalitat jurídica i el control de l'ens per part d'una Administració pública, tenen caràcter acumulatiu, i, per tant, s'han de complir els tres de forma conjunta, mentre que les tres possibles circumstàncies que constitueixen el requisit del control (finançament públic majoritari, o control públic de la gestió, o direcció pública, destinades a constatar l'existència d'una estreta dependència de poders públics), s'enumeren com a alternatives i, en conseqüència, no han de produir-se necessàriament de forma acumulada, sinó que és suficient amb que es produeixi alguna de les tres.

4. L'entitat l'Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) fou creat pel Decret 113/1986, de 30 de desembre, el qual ha estat objecte de nombroses modificacions, i, finalment, va ser derogat pel Decret 17/2000, d'11 de febrer.

L'article 1 del Decret 17/2000 disposa que:

L'Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) és una entitat de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia, que ha d'ajustar la seva activitat a l'ordenament jurídic privat, sens perjudici d'observar el que es preveu a la Llei 3/1989, de 29 de març, i a la resta de legislació complementària, que va ser constituït pel Decret 113/1986, de 30 de desembre, com a empresa pública autònoma definida a l'article 6 de la Llei 1/1986, de 5 de febrer, de finances de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

La finalitat de l'IBAVI és executar promocions públiques d'habitatge, gestionar el patrimoni d'habitatges transferit en el seu dia a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i dur a terme quantes accions complementàries es derivin de la seva finalitat, es podrà encarregar de la promoció i rehabilitació de qualsevol altre tipus d'edifici o habitatges.



L'article 2 disposa que l'objecte social de l'IBAVI és la promoció pública i la rehabilitació d'habitatges, i per aconseguir aquesta finalitat, l'IBAVI desenvolupa les activitats següents, sense caràcter limitador:

- *Gestionar el patrimoni públic d'habitatges adscrit a l'IBAVI per la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.*
- *Desenvolupar i gestionar els plans d'habitatge que concerta amb l'Administració autonòmica o local, o qualsevol promotor públic o privat sense ànim de lucre.*
- *Estudi i redacció de plans i projectes urbanístics necessaris per obtenir del sòl públic o privat, que permetin desenvolupar les promocions d'habitatge.*
- *Redacció i contractació de projectes de construcció o rehabilitació d'habitatges.*
- *Comprar, permutar o adquirir a títol gratuït o oneros terrenys i solars, per executar les promocions públiques d'habitatge i l'equipament complementari.*
- *Alienar, arrendar, permutar els habitatges, solars i terrenys de la seva propietat, constituir i cancel·lar hipoteques i establir càrregues i gravàmens, i les operacions jurídiques necessàries per a l'administració dels seus béns.*
- *Participar en negocis, societats i empreses públiques o privades que tinguin per objecte la promoció d'habitatges o la promoció de sòl edificable.*
- *Qualsevol altre relatiu a la promoció de sòl edificable o a la construcció i rehabilitació d'habitatges.*
- *Tramitació i atorgament de subvencions o ajuts que legalment o reglamentàriament hagi d'assumir l'IBAVI, d'acord amb les seves disponibilitats pressupostàries.*
- *Exercitar o renunciar, com a funció pròpia, la relativa als drets de tempteig i de retracte establerts a favor de la comunitat autònoma de les Illes Balears sobre els habitatges subjectes a qualsevol tipus de protecció, en els supòsits legalment previstos. L'exercici dels esmentats drets és de caràcter discrecional i facultatiu.*

Quant al règim de contractació, el primer paràgraf de l'article 3 estableix que:

El règim de contractació de l'IBAVI se sotmetrà a les normes del dret mercantil, civil o laboral i a la Llei de contractes de les administracions públiques en allò que li sigui d'aplicació.

Pel que fa al finançament i als òrgans d'administració, direcció o vigilància, s'ha de dir que els seus recursos econòmics procedeixen, entre d'altres fonts, de les aportacions que s'estableixin en el pressupost de l'Administració autonòmica o local, i que el Consell d'Administració està presidit pel conseller d'Habitatge i Obres Públiques i integrat per personal de la Conselleria i per representants d'altres conselleries.

5. L'article 3.2 de la LCSP disposa que les entitats públiques empresarials, tant les entitats públiques empresarials estatals com els organismes assimilats que



depenen de les comunitats autònomes i entitats locals no tenen la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP.

Aquestes entitats es defineixen en l'article 53 de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat, com a «organismes públics als quals s'encomana la realització d'activitats prestacionals, la gestió de serveis o la producció de béns d'interès públic susceptibles de contraprestació». En conseqüència, els organismes autonòmics assimilats a les entitats públiques empresarials estatals no tenen la consideració d'Administració pública als efectes de la LCSP.

6. Per determinar si un organisme autonòmic assimilat a les entitats públiques empresarials és un poder adjudicador o no, s'ha d'analitzar cada cas per veure si reuneix les característiques o els requisits que defineixen els poders adjudicadors des d'una perspectiva comunitària. Per tant, s'ha d'atendre a la naturalesa de l'activitat que duu a terme l'IBAVI, a la seva personalitat jurídica i al control de l'Administració autonòmica sobre l'ens.

Quant a la naturalesa de l'activitat, tenint en compte la finalitat i les activitats que duu a terme l'IBAVI, no es pot afirmar que s'hagi creat amb una finalitat de caràcter mercantil o industrial, sinó que, tot i que intervé en el mercat de béns i serveis, persegueix una finalitat de marcat interès públic i, per tant, compleix el primer dels requisits definits per la jurisprudència comunitària.

Quant a la personalitat jurídica, l'article 1 del Decret 17/2000 disposa que l'IBAVI és una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia. Pel que fa al tercer requisit, s'exigeix que el control de l'ens sigui de l'Administració pública, ja sigui per via financera o per qualsevol altre mitjà, cosa que es compleix en el supòsit de l'IBAVI.

Una vegada analitzades la finalitat i les activitats que duu a terme l'IBAVI, i de conformitat amb la interpretació que fa la jurisprudència comunitària del concepte de poder adjudicador, es pot concloure que es tracta d'un organisme assimilat a les entitats públiques empresarials que té la condició de poder adjudicador als efectes de la LCSP, atès que es tracta d'un ens creat per satisfer necessitats d'interès general que no tenen caràcter mercantil i que reuneix els requisits establerts a l'article 3.3 *b* de la LCSP.

7. El règim en matèria de contractació de l'IBAVI és el dels poders adjudicadors, i, per tant, els contractes subjectes a regulació harmonitzada subscrits per l'IBAVI



se sotmeten a la LCSP, mentre que els contractes inferiors als llindars comunitaris han de ser regulats per unes instruccions internes.

Així doncs, els contractes subjectes a regulació harmonitzada se sotmeten, quant a la seva preparació, a l'article 121.1 (que remet als articles 96.2 b, i 101 a 104) de la LCSP, i, quant a l'adjudicació, a les normes establertes per a l'adjudicació dels contractes de les administracions públiques amb les excepcions que recull l'article 174.

En aquest sentit, l'article 174 disposa que:

1. L'adjudicació dels contractes subjectes a regulació harmonitzada es regeix per les normes que estableix el capítol anterior amb les adaptacions següents:

a) No són aplicables les normes que estableixen el segon paràgraf de l'apartat 2 de l'article 134 sobre intervenció del comitè d'experts per a la valoració de criteris subjectius, els apartats 1 i 2 de l'article 136 sobre criteris per apreciar el caràcter anormal o desproporcionat de les ofertes, l'article 140 sobre formalització dels contractes, l'article 144 sobre examen de les proposicions i proposta d'adjudicació, i l'article 156 sobre els supòsits en què és possible acudir a un procediment negociat per adjudicar contractes de gestió de serveis públics.

b) No és necessari publicar les licitacions i adjudicacions en els diaris oficials nacionals a què es refereixen el paràgraf primer de l'apartat 1 de l'article 126 i el paràgraf primer de l'apartat 2 de l'article 138, ja que s'entén que se satisfà el principi de publicitat mitjançant la publicació efectuada en el «Diari Oficial de la Unió Europea» i la inserció de la corresponent informació a la plataforma de contractació a què es refereix l'article 309 o en el sistema equivalent gestionat per l'Administració pública de la qual depengui l'entitat contractant, sens perjudici de la utilització de mitjans addicionals amb caràcter voluntari.

2. Si, per raons d'urgència, és impracticable el compliment dels terminis mínims establerts, és aplicable el que preveu l'article 96.2.b) sobre reducció de terminis.

Els contractes no subjectes a regulació harmonitzada se sotmeten, quant a la seva preparació, a l'article 121.2, i, quant a la seva adjudicació, a l'article 175, que disposa que els poders adjudicadors han d'aprovar unes instruccions que regulin els procediments de contractació i que garanteixin que l'adjudicació dels contractes se sotmet, en tot cas, als principis de publicitat, de concurrència, de transparència, de confidencialitat, d'igualtat i de no-discriminació, i que el contracte s'adjudica a qui presenti l'oferta econòmicament més avantatjosa.



A més, malgrat que l'article 175 no ho preveu explícitament, cal entendre que d'acord amb l'article 43 també són d'aplicació les previsions de la LCSP relatives a capacitat i solvència, prohibicions de contractar, objecte i preu del contracte.

Els contractes subscrits per l'IBAVI són contractes privats en tot cas i se sotmeten a la jurisdicció civil, de conformitat amb els articles 20 i 21 de la LCSP.

Pel que fa als contractes de caràcter patrimonial, l'article 4 p de la LCSP disposa que estan exclosos d'aquesta Llei:

Els contractes de compravenda, donació, permuta, arrendament i altres negocis jurídics anàlegs sobre béns immobles, valors negociables i propietats incorporals, tret que recaiguin sobre programes d'ordinador i hagin de ser qualificats de contractes de subministrament o serveis, que sempre tenen el caràcter de contractes privats i es regeixen per la legislació patrimonial.

Conclusions

L'Institut Balear de l'Habitatge (IBAVI) és un ens que s'ha de considerar com a poder adjudicador als efectes de la LCSP, ja que es va crear per satisfer necessitats d'interès general que no tenen caràcter mercantil i reuneix els requisits establerts a l'article 3.3 b de la LCSP.