

Informe 14/01, de 27 de setiembre de 2001

CONVENIOS DE COLABORACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS. OBJETO Y CONTENIDO. CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General Técnico de la Consejería de Innovación y Energía se remite oficio a esta Junta Consultiva acompañado de solicitud de informe del siguiente tenor literal:

“Interesa conocer el autorizado criterio de la JCC en relación al supuesto que seguidamente se expone:

Una empresa privada llevó a cabo la confección del proyecto encaminado a la implantación de un parque eólico en las Illes Balears. Los trabajos se iniciaron en el último trimestre de 1996, y comprendieron aspectos de una multiplicidad de disciplinas, referidas a la geología, la climatología, la anemometría, la biología, la arqueología, etc. También se llevaron a cabo actuaciones concretas, encaminadas a hacer compatible el parque eólico con su entorno.

Del mismo modo, se efectuaron estudios de impacto ambiental, se sometió el proyecto a información pública y se tramitaron todas las autorizaciones administrativas pertinentes, tales como licencias municipales, la declaración de interés general, la adscripción de las previstas instalaciones al régimen especial de producción eléctrica, etc.

Posteriormente, la citada empresa modificó su criterio, en el sentido de que no consideró conveniente realizar lo planificado, que, pese a todo, podría llevarse a cabo, habida cuenta de que se han cumplimentado de modo exhaustivo todos sus presupuestos previos.

La Consejería de Innovación y Energía estaría sumamente interesada en hacerse cargo de la ejecución del proyecto, toda vez que su objeto se incardina claramente en las pautas de actuación que aquella se ha marcado. En tal sentido, existiría la posibilidad de transferirle la titularidad del diseño, y en principio tampoco parece excesivamente complicado que pudiera subrogarse en la tramitación administrativa concluida, respecto a las autorizaciones pertinentes, puesto que la razón de la exigencia de aquellas estriba en el objeto del plan, y no en la identidad del sujeto solicitante. Así pues, se trataría de una suerte de adquisición “llave en mano” de un producto susceptible de ponerse en ejecución casi de inmediato.

A juicio de esta Asesoría Jurídica, concurren elementos suficientes para considerar investido de suficiente especificidad a un eventual negocio jurídico cuya finalidad fuese la adquisición del “paquete”, como para considerarlo susceptible de ser excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las AAPP. Ello, porque las prestaciones que configuran su objeto determinan que sea difícil encuadrarlo en uno de los contratos contemplados en esa norma, en lo que se refiere a la tramitación administrativa de las

autorizaciones. No parece que esa crucial parte del proyecto esté contemplada en el precepto (nos referimos al art. 196 LCAAPP, descriptivo del objeto de los contratos de consultoría y asistencia y servicios, en cualquier caso la figura más aproximada a la realidad que se describe). Así, creemos que, al amparo del art. 3.1.d) de dicha norma legal, podría postularse para este atípico supuesto, la no sujeción a la LCAAPP, acudiéndose al mecanismo del convenio de colaboración con entidades privadas.

Podría argumentarse que, de esta manera, sería factible abrir una brecha en la interpretación de la norma, de tal manera que se lograría burlar su espíritu, mediante procedimientos similares a los que nos ocupan. Es decir, llevar a cabo un trabajo por parte de una empresa privada, que luego la Administración, alegando que se trata de algo único en el mercado, adquiere eludiendo los mecanismos que preservan la competencia. Sin embargo, es difícil abrigar tales reticencias en el caso presente. Ello, porque se trata de una labor de tracto sucesivo que se ha prolongado de manera significativa en el tiempo, y cuyo inicio se remonta a un momento fuera de cualquier "tempore suspecto". Además, la contraprestación económica que se ha propuesto por el trabajo, resulta a los ojos de cualquier observador imparcial, cualificado o no en la materia, y sólo por lo dilatado de los trabajos y a los medios y recursos empleados, muy inferior al valor de mercado del bien producido.

Asimismo, parece difícil que pueda encontrarse un producto de similares características, entre otras consideraciones, porque su elaboración, como se ha dicho, supone una inversión cuantiosísima, que ninguna empresa estaría en condiciones de asumir, de no tener asegurada a priori su enajenación, lo que obviamente no ocurre en el supuesto de una convocatoria pública.

No obstante lo anterior, y para el caso de que ese organismo consultivo estimase que las razones expuestas no merecen ser atendidas, la segunda cuestión que cabría plantear sería si, al amparo de lo que establece el art. 210, b) de la LCAAPP, en lo que se refiere a las razones de índole técnica, podría considerarse admisible, según lo que se ha venido exponiendo hasta ahora, acudir al procedimiento negociado sin publicidad.

Así pues, y recapitulando, las cuestiones que se someten a la consideración de esa Junta Consultiva son las siguientes:

1) ¿Es admisible suscribir un Convenio de los contemplados en el art. 3.1.d) de la LCAAPP para la adquisición por la Consejería de Innovación y Energía de un proyecto de las características descritas?

2) Si, a juicio de ese organismo, fuera menester sujetarse a las prescripciones de la LCAAPP, ¿sería factible acudir a un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del correspondiente contrato, según contempla el art. 210, b) de la LCAAPP?"

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1) La pregunta la formula el Secretario General Técnico de la Consejería de Innovación y Energía de la CAIB, quien tiene capacidad para ello en virtud de lo que establecen los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva y 15.1 de su Reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno del 10 de octubre de 1997.

2) Aunque el peticionario no ha diferenciado los aspectos formales de los requisitos para la solicitud de informes recogidos en el apartado 1 del art. 16 del Reglamento (escrito motivado) y en el apartado 3 (informe jurídico sobre la cuestión), lo cierto es que en el escrito de solicitud, suscrito por el servicio jurídico de la Consejería se contiene tanto la pregunta que se plantea como los argumentos jurídicos en que se sustenta la duda a resolver, por lo que se tienen por cumplimentados todos los requisitos formales exigidos para la emisión del informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Pese a la ambigüedad terminológica utilizada en el escrito de solicitud de informe que unas veces se refiere a que la Consejería está interesada en *“hacerse cargo de la ejecución del proyecto”*, otros a que *“...se trataría de una suerte de adquisición –llave en mano- de un producto susceptible de ponerse en ejecución...”*, y otras habla de un negocio jurídico *“investido de suficiente especificidad”* que justificaría la exclusión de las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; del conjunto de la descripción del objeto del contrato contenida en el escrito de solicitud, como de la concreta pregunta con la que finaliza su exposición, hemos de entender que se trata de un proyecto de carácter técnico referido a la creación de un parque eólico.

La elaboración de proyectos de carácter técnico se encuentra perfectamente definida como un contrato de consultoría y asistencia por el artículo 196, 2, a) de la LCAP, y por tanto no es factible acudir a la figura del convenio de colaboración previsto en el art. 3.1.d) de la misma Ley, dado que esta posibilidad solo cabe, según la dicción del precepto, *“...siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*.

Hay, pues, que estar a los principios de la contratación administrativa recogidos en el art. 11 de la LCAP, de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, que quedarían conculcados con la celebración de un convenio sobre una materia objeto de tipificación contractual en la propia Ley y con único empresario sin publicitar ni dar oportunidad a otros en la correspondiente licitación.

El hecho de que una determinada empresa tenga un proyecto elaborado sobre algo que interesa a la Administración no la hace acreedora a una exclusividad de trato por parte de los poderes públicos, sino que tan solo la coloca en una situación de privilegio en el mercado, pues definidas las características y condiciones del proyecto que interesa a la Administración y producida la correspondiente licitación, qué duda cabe de que la empresa en cuestión contará con más ventajas a la hora de efectuar su proposición, pero eso no es sino la consecuencia del libre mercado y de la competencia, sin que signifique, por sí sólo, que es la única capaz de concurrir, ni que haya de ser, necesariamente, la adjudicataria del contrato.

En cuanto al aspecto del precio insinuado en el escrito de solicitud como favorable a la Administración por ser muy inferior al del mercado, cabe decir que por imperativo del art. 14 de la LCAP los órganos de contratación “...cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado”, so pena de caer en una no deseable discriminación, y sin perjuicio de las bajas que los licitadores oferten en sus proposiciones, que si, conforme a los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, pudieran ser consideradas como bajas temerarias, habría que adoptar las cautelas que la LCAP previene para estos casos antes de proceder a la adjudicación.

SEGUNDA.- El segundo aspecto planteado por el peticionario del informe es si “*sería factible acudir a un procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del correspondiente contrato, según contempla el art. 210 b) de la LCAP*”.

A esta Junta se le escapan cuáles podrían ser las razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos, a que alude este artículo de la LCAP, que pudieran justificar la utilización del procedimiento negociado que, en cualquier caso, de existir, habrían de ser justificadas debidamente en el expediente, como ordena el artículo que nos ocupa, y que, obviamente, no pueden estar conformadas por la previa existencia de los trabajos en que vaya a consistir el proyecto, y que, en teoría, pueden efectuar otras empresas locales, nacionales o extranjeras, comunitarias o no, que tengan la adecuada preparación y medios técnicos.

Debe tenerse en cuenta que, si como se dice en el escrito del servicio jurídico del órgano consultante, existe la posibilidad de encontrar en el mercado un producto de similares características (puesto que se afirma que “*parece difícil*”, pero no es imposible), lo que es obvio es que la mejor manera de obtenerlo es a través de una convocatoria pública, y no al contrario, como afirma el interpelante basándose en que nadie afrontaría una inversión tan cuantiosa sin tener asegurada a priori su enajenación, pues precisamente la adjudicación de un contrato constituye el aseguramiento de su enajenación.

En consecuencia, y conforme al art. 208.3, el concurso será la forma normal de adjudicación de estos contratos.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva entiende:

- 1.- Que en la confección o elaboración de un proyecto de carácter técnico referido a la creación de un parque eólico, el negocio jurídico por el que se lleve a efecto ha de ser un contrato administrativo de consultoría y asistencia, por lo que no es factible, en el presente caso, acudir a la figura del convenio de colaboración del art. 3.1.d) de la LCAP.
- 2.- Que el concurso es la forma normal de adjudicación, de esta clase de contratos.