

Informe 6/2017, de 16 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Supòsits d'exclusió de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública de les relacions jurídiques, que integren la prestació de determinats serveis, entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca. Possibilitat que els consells comarcals participin en licitacions de contractes del sector públic.

ANTECEDENTS

I. L'Ajuntament de Llagostera ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre diverses qüestions relatives a "serveis prestats pels consells comarcals als ajuntaments".

Les qüestions objecte de la consulta es concreten en l'informe elaborat per la Secretaria de l'Ajuntament, que s'adjunta a la petició d'informe, de conformitat amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe formulades a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa. En aquest informe s'exposa que "sovint via conveni de col·laboració interadministrativa els ajuntaments encarreguen la prestació de serveis (servei de redacció de projectes d'obra i/o de direcció d'obres, servei d'assessorament en matèria d'habitatge, servei d'orientació laboral, servei de recollida selectiva, servei de jardineria, servei de recollida d'animals abandonats, servei de promoció turística...) al consell comarcal respectiu amb la corresponent contraprestació econòmica", i que, per tal d'aclarir la naturalesa d'aquest negoci jurídic bilateral, es plantegen les preguntes següents:

- 1- "Tenint en compte les determinacions dels articles 25 i 28 del Decret legislatiu 4/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya, els serveis referenciats a l'encapçalament, prestats per un consell comarcal als ajuntaments, s'han de regular mitjançant la normativa d'un conveni de col·laboració interadministrativa –encàrrec de gestió– (arts. 10 i 116.2 de la Llei 26/2010) o mitjançant la normativa de contractació administrativa de serveis de l'article 10 i l'Annex II del Reial decret legislatiu 3/2011?".
- 2- "En el supòsit que es reguli per la via d'una contractació administrativa de serveis:
 - a. Caldria emprar els diversos procediments de licitació (obert, restringit, negociat o contracte menor) establerts pel Reial decret legislatiu 3/2011)?
 - b. Caldria que el consell comarcal acredités la solvència econòmica, financera i tècnica per participar en la licitació?

- c. El consell comarcal podria prestar el servei amb personal i mitjans propis i/o amb personal i mitjans subcontractats?
- d. Caldria que el consell comarcal, en cas de resultar adjudicatari, diposités la preceptiva garantia del 5% de l'import d'adjudicació del contracte?"

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. La primera qüestió plantejada per l'Ajuntament de Llagostera fa referència a la naturalesa jurídica de les relacions que, segons s'indica, s'estableixen entre els consells comarcals i els ajuntaments de la comarca, consistents en l'encàrrec per part d'aquests de la prestació de determinats serveis –alguns del quals s'enumeren amb caràcter exemplificatiu– al consell comarcal respectiu, mitjançant la corresponent contraprestació econòmica. Per donar resposta a aquesta qüestió cal determinar en quins casos aquestes relacions podran estar excloses de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública.

Les comarques són entitats locals de naturalesa territorial i de caràcter supramunicipal formades per l'agrupació de municipis contigus, que tenen personalitat jurídica pròpia i plena capacitat i autonomia per al compliment dels seus fins¹. A Catalunya, el règim jurídic de les comarques es troba en el Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (d'ara endavant, TRLMRLC), i en el Decret legislatiu 4/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya (d'ara endavant, TRLOCC).

D'acord amb el TRLMRLC correspon a la comarca realitzar activitats i prestar serveis públics d'interès supramunicipal, assegurar l'establiment i l'adequada prestació dels serveis municipals en el territori de la comarca, i l'exercici de les competències municipals, en els termes establerts pel TRLOCC (article 85); així com, prestar els serveis municipals obligatoris quan el seu establiment o prestació resulta impossible o de molt

¹ La Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, preveu que les comunitats autònomes poden crear en el seu territori comarques o d'altres entitats que agrupin uns quants municipis, les característiques dels quals "determinin interessos comuns precisats d'una gestió pròpia o demanin la prestació de serveis de dit àmbit". Així, en Catalunya, l'Estatut d'autonomia de 2006 preveu aquesta figura "com un ens amb personalitat jurídica pròpia formada per municipis per a la gestió de competències i serveis locals".

difícil compliment pels municipis, amb la sol·licitud de dispensa prèvia feta per part d'aquests al Govern de la Generalitat (article 68).

Per la seva banda, el TRLOCC, en què es regula específicament l'organització comarcal i s'estableix el règim jurídic dels consells comarcals, regula en el seu títol IV les competències comarcals, l'article 25 del qual estableix que correspon a la comarca, entre d'altres, l'exercici de les competències que la pròpia llei li atribueix en matèria de "cooperació, assessorament i coordinació dels ajuntaments, d'acord amb el que estableix l'article 28", i les que "li deleguin o li encarreguin" de gestionar els municipis, les quals s'han d'acompanyar de la transferència dels recursos necessaris pel seu exercici; i que, en l'àmbit de les seves competències, la comarca pot fer obres i prestar serveis, d'acord amb els requisits que estableix la mateixa Llei.

En concret, pel que fa específicament a l'assistència i cooperació als municipis, l'article 28 disposa que correspon a les comarques prestar-los assistència tècnica, jurídica i econòmica; cooperar econòmicament en la realització d'obres, serveis o activitats d'aquests; garantir, subsidiàriament, la prestació dels serveis municipals obligatoris en els municipis que, per raó de llur població, no estan obligats a prestar-los; cooperar en l'establiment de nous serveis necessaris per al desenvolupament del territori; i establir i coordinar, amb l'informe previ dels ajuntaments afectats, les infraestructures, els serveis i les actuacions d'àmbit supramunicipal. A més, l'article 30 preveu que en cada comarca hi ha d'haver un servei de cooperació i d'assistència municipal encarregat d'assessorar els municipis que ho sol·licitin en matèria jurídicoadministrativa, econòmicofinancera i d'obres i serveis, el qual es pot no crear per decisió del consell d'alcaldes.

Per tant, de conformitat amb aquestes previsions, correspon a les comarques, principalment, portar a terme actuacions dirigides a la cooperació i a la col·laboració amb els ajuntaments en la prestació de serveis de competència municipal en l'àmbit del seu territori, així com haver de prestar-les assessorament i assistència jurídica, econòmica i tècnica en aspectes de competència municipal. Així, alguns dels serveis com els que s'esmenten en l'escrit adjunt a la petició d'informe es poden prestar per part del consell comarcal, a petició dels ajuntaments de la comarca, per constituir activitats compreses dins de les seves competències pròpies.

En aquest sentit, el document de treball dels serveis de la Comissió Europea "relatiu a l'aplicació de la normativa sobre contractació pública de la UE a les relacions entre poders adjudicadors (cooperació dins del sector públic)"², posa de manifest que si una entitat realitza una activitat com a conseqüència de les obligacions que l'incumbeixen en virtut de la legislació nacional, i no amb caràcter contractual, no s'ha d'aplicar la normativa comunitària en matèria de contractació pública.

² SEC (2011) 1169 final, de 4 d'octubre de 2011.

II. La normativa sobre contractació pública s'aplica quan les entitats del sector públic³ subscriuguin contractes a títol oneros i per escrit l'objecte del qual sigui l'adquisició d'obres o de béns o la prestació de serveis, amb independència que el subjecte passiu de la relació contractual pertanyi al sector públic o al sector privat.

Així, el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant, TRLCSP) estableix que té per objecte regular la “contractació del sector públic” (article 1); i que són contractes del sector públic i, en efecte, es troben subjectes a aquest, “els contractes onerosos”, qualsevol que sigui la seva naturalesa jurídica, que subscriuguin els ens, organismes i entitats compreses en el seu àmbit d'aplicació (article 2).

Així mateix, la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (d'ara endavant, Directiva 2014/24/UE) defineix els “contractes públics” com els contractes onerosos subscrits per escrit entre un o diversos operadors econòmics i un o diversos poders adjudicadors, l'objecte dels quals sigui l'execució d'obres, el subministrament de productes o la prestació de serveis (article 2.1.5); i considera com a operador econòmic tota persona física o jurídica, entitat pública, o agrupació de persones o entitats, que ofereixi en el mercat l'execució d'obres o una obra, el subministrament de productes o la prestació de serveis (article 2.1.10).

Efectivament, per a la normativa sobre contractació pública és irrellevant la naturalesa jurídica pública o privada del contractista i, en canvi, és determinant la naturalesa jurídica del subjecte que contracta, atès que és aquesta la que genera la necessitat d'aplicar la normativa de contractes del sector públic amb el nivell de subjecció que correspongui.⁴

Per tant, es descarta que totes les relacions i negocis jurídics entre entitats del sector públic quedin fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública. Aquesta afirmació porta a haver de precisar en quins casos les relacions entre entitats del sector públic –i, específicament, a l'efecte d'aquest informe, entre administracions públiques territorials– no estan incloses en l'àmbit d'aplicació de dita normativa.

En aquest sentit, convé començar per distingir les relacions o negocis jurídics entre entitats del sector públic en què no concorren els elements essencials definitoris d'un contracte públic, és a dir, que no tenen per objecte material prestacions pròpies dels contractes i/o caràcter oneros, d'aquelles en què sí concorren aquests elements.

³ Són entitats del sector públic, a l'efecte de la normativa de contractació pública, els ens, organismes i entitats enumerats en l'article 3 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

⁴ És per aquest motiu que l'article 4.1 *m* del TRLCSP, el qual s'esmenta en l'escrit adjunt a la petició d'informe, especifica que quan el subjecte destinatari de l'objecte del contracte formi part del sector públic ha d'aplicar la normativa sobre contractació pública en els termes que corresponguin. Literalment, aquest precepte disposa que estan exclosos de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP “els contractes pels quals un ens, organisme o entitat del sector públic s'obligui a lliurar béns o drets o prestar algun servei, sense perjudici que l'adquirent dels béns o el receptor dels serveis, si és una entitat del sector públic subjecta a aquesta Llei, s'hagi d'ajustar a les seves prescripcions per a la signatura del contracte corresponent”.

Les relacions entre entitats del sector públic que no presentin els elements definitoris d'un contracte públic, per raó de l'objecte o perquè són gratuïtes, com és lògic, es troben excloses de l'àmbit d'aplicació de la normativa reguladora dels contractes públics.

Aquest seria el cas, per exemple –i a més de l'indicat en la consideració jurídica primera d'aquest informe–, dels “encàrrecs de gestió” a través dels quals els òrgans, organismes o entitats públiques encarreguen la realització d'activitats de caràcter material i tècnic de la seva competència a altres òrgans, organismes o entitats públiques de la mateixa administració o d'una altra de diferent, en aquest últim cas, mitjançant la formalització d'un conveni, per raons d'eficàcia o quan no es tenen els mitjans tècnics idonis per dur-les a terme, els quals es troben regulats, en l'àmbit de Catalunya, en els articles 10 i 116.2 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya. En concret, l'article 10.7 d'aquesta Llei estableix que “el règim jurídic de l'encàrrec de gestió no és aplicable si l'encàrrec té un objecte propi d'un contracte inclòs en l'àmbit d'aplicació de la legislació de contractes del sector públic”⁵.

També és el cas dels convenis regulats en l'article 47 i següents de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, que els defineix com els “acords amb efectes jurídics adoptats per les Administracions Públiques, els organismes públics, i les entitats de dret públic vinculades o dependents o les universitats públiques entre sí o amb subjectes de dret privat per a un fi comú”, els quals, segons precisa la mateixa Llei “no podran tenir per objecte prestacions pròpies dels contractes”, ja que, “en tals casos, la seva naturalesa i règim jurídic s'ajustarà al previst en la legislació de contractes del sector públic”.

Així mateix, entre les relacions entre entitats del sector públic que no presenten els elements definitoris dels contractes públics i, concretament, entre els convenis exclosos

⁵ En l'àmbit de l'Estat, aquesta figura estava regulada en l'article 15 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, sota la denominació d'“encomanda de gestió”. Aquesta Llei va ser derogada per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim jurídic del sector públic –que va entrar en vigor l'octubre de 2016–, que ara regula aquella figura, amb caràcter bàsic, en l'article 11, el qual preveu que “la realització d'activitats de caràcter material o tècnic [no s'inclou ara la referència a serveis continguda en la regulació anterior] de la competència dels òrgans administratius o de les entitats de dret públic podrà ser encomanada a altres òrgans o entitats de dret públic de la mateixa o de distinta administració, sempre que entre les seves competències estiguin dites activitats, per raons d'eficiència o quan no es posseeixin els mitjans tècnics idonis per al seu acompliment” (apartat 1), i precisa que “no podran tenir per objecte prestacions pròpies dels contractes regulats en la legislació de contractes del sector públic. En tal cas, la seva naturalesa i règim jurídic s'ajustarà al previst en aquesta” (apartat 1 *in fine*).

En l'Informe 6/09, de 30 de març de 2010, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, s'efectua una distinció entre l'encomanda o encàrrec de gestió regulat en la Llei 30/1992 i l'encàrrec de gestió regulat en la normativa sobre contractació pública, i es conclou que l'àmbit d'aplicació de l'encàrrec de gestió regulat en la Llei 30/1992 quedà circumscrit a “les activitats o actuacions materialment alienes a la contractació pública”.

de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública, també es troben els convenis que tenen per objecte la delegació de competències, a través dels quals les administracions públiques delegen les competències de llur titularitat a altres administracions⁶.

La Directiva 2014/24/UE exclou expressament en l'article 1, apartat 6, del seu àmbit d'aplicació, els instruments jurídics mitjançant els quals s'organitza la transferència de competències i responsabilitats per a l'acompliment de funcions públiques entre poders adjudicadors o agrupació de poders adjudicadors, i que no preveuen que es doni "retribució" per l'execució d'un contracte, els quals es consideren un assumpte "d'organització interna" dels estats membres.

En aquest sentit, és oportú fer referència a les conclusions de l'advocat general de la UE en l'assumpte C-51/15, en què analitza la relació entre el concepte de contracte públic i les transferències de competències entre autoritats públiques. L'advocat general declara que el concepte de contracte públic no inclou els actes pels quals les autoritats públiques transfereixen competències, en particular, per a l'acompliment de funcions de servei públic en el marc d'una reorganització d'aquestes funcions, ja que, segons indica, les transferències de competències no tenen per objectiu adquisicions oneroses de béns o serveis, sinó que donen lloc a una transmissió d'obligacions i drets d'acomplir les funcions en qüestió, inclosa la facultat oficial d'establir el marc normatiu per al seu compliment. Tanmateix, assenyala que la transferència de competències entre entitats públiques ha de ser real, en el sentit que l'entitat cedent no es conservi facultats relatives a l'execució concreta de la funció pública cedida, que l'entitat a la qual se li transfereixen les competències disposi d'una autonomia financera per a l'acompliment de la funció cedida, i que la posada en disposició a l'entitat cessionària dels recursos necessaris per complir la funció pública no s'ha de correspondre amb la retribució per l'execució d'un contracte en una relació sinal·lagmàtica.

També, en el document de treball dels serveis de la Comissió Europea relatiu a l'aplicació de la normativa sobre contractació pública de la UE a les relacions entre poders adjudicadors, ja esmentat, es va posar de manifest que un poder adjudicador que cedeix les competències per a l'acompliment d'una determinada "tasca d'interès públic" no contracta cap servei per a les seves pròpies finalitats, sinó que cedeix la responsabilitat de la tasca a una altra entitat pública, de manera que dita relació no es regeix per les normes sobre contractació pública. Tanmateix, es va indicar que perquè hi hagi cessió de competències entre entitats públiques la cessió ha de ser plena, en el sentit que l'entitat cessionària ha de realitzar la tasca pública amb total independència i sota la seva pròpia responsabilitat⁷.

⁶ L'article 116.1 de la Llei 26/2010, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, preveu que "les administracions públiques catalanes, els organismes i les entitats públiques poden delegar les competències de llur titularitat a altres administracions o entitats en els termes que estableix la normativa sectorial aplicable".

⁷ En aquest document s'assenyala, com a exemple, el cas de la gestió de residus, en què cedir totes les competències suposa cedir el dret a fixar tarifes, a establir les normes de recollida, classificació, emmagatzemament i tractament dels residus, el dret a gestionar dita tasca i executar-

D'acord amb el que s'ha exposat, es troben exclosos de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública els "encàrrecs de gestió" i els convenis regulats en la Llei 40/2015 subscrits entre els consells comarcals i els ajuntaments de la comarca sempre que, a més de complir-se els requisits que per a cadascun d'aquests mecanismes de col·laboració s'estableixen, no tinguin per objecte prestacions de caràcter contractual.

Per tant, en concret, la prestació d'alguns dels serveis com els que s'esmenten en l'escrit que acompanya la petició d'informe també es podria articular mitjançant la delegació dels ajuntaments al consell comarcal respectiu de les competències relatives al servei de què es tracti. De fet, tal com ja s'ha indicat en la consideració primera d'aquest informe, d'acord amb el text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya, correspon a la comarca l'exercici de les competències que li deleguin, entre d'altres, els municipis.

III. D'altra banda, les relacions entre entitats del sector públic poden presentar els elements essencials definitoris d'un contracte públic –això és, onerositat⁸ i objecte, tal com ja s'ha indicat– les quals, no obstant això, no es troben per aquest motiu incloses automàticament en l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública.

Així, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha declarat⁹ que hi ha dos tipus de contractes públics subscrits entre entitats públiques als quals no s'aplica la normativa comunitària en matèria de contractació pública. Es tracta, d'una banda, dels denominats contractes *in house* o interns –en els termes del nostre dret intern, encàrrecs a mitjans propis i serveis tècnics– i, d'altra banda, dels contractes que estableixen una cooperació

la d'acord amb les normes establertes, així com el dret a determinar com s'han de desenvolupar les activitats econòmiques concretes necessàries per l'acompliment de la tasca pública.

⁸ En aquest sentit, convé recordar que, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, un contracte no pot quedar exclòs del concepte de contracte públic oneros pel fet que no sigui lucratiu i la seva retribució es limiti al reemborsament de les despeses suportades per la prestació pactada (Sentències de 23 de desembre de 2009, ass. C-305/08, i de 19 de desembre de 2012, ass. C-159/11, entre d'altres).

⁹ En concret, en la Sentència de 9 de juny de 2009 (ass. C-480/06) el TJUE reconeix que un contracte subscrit entre entitats públiques pot resultar exclòs de l'àmbit d'aplicació de les directives comunitàries en matèria de contractació pública en el supòsit que l'entitat adjudicadora exerceixi sobre l'entitat contractant un control anàleg al que exerceix sobre els seus propis serveis, i també quan, malgrat no donar-se dit control, estableix una cooperació entre les entitats públiques participants la finalitat de la qual és garantir la realització d'una missió de servei públic comú a les entitats públiques. En aquesta Sentència, el Tribunal assenyala que el dret comunitari no imposa a les autoritats públiques l'ús d'una forma jurídica particular per garantir les seves missions de servei públic conjuntament, i que tal col·laboració entre autoritats públiques no qüestiona l'objectiu principal de la normativa comunitària sobre contractació pública, a saber, la lliure circulació dels serveis i la seva obertura a la competència no falsejada en tots els estats membres, sempre que la cooperació es regeixi únicament per consideracions i exigències característiques de la persecució d'objectius d'interès públic i es garanteixi el principi d'igualtat de tracte dels interessats, de manera que cap empresa privada se situï en una situació privilegiada respecte dels seus competidors.

entre entitats públiques i que tenen per objecte garantir la realització d'una missió de servei públic comú a les entitats, és a dir, la denominada "cooperació horitzontal". D'aquestes dues tipologies procedeix analitzar, atesos els termes de la consulta, aquesta última¹⁰.

La possibilitat d'articular una cooperació entre entitats públiques a través de vincles contractuals sense subjectar el naixement d'aquests vincles a la normativa sobre contractació pública s'ha desenvolupat en la jurisprudència del TJUE, que l'ha supeditat a la concurrència de cinc requisits acumulatius, els quals han de complir-se de forma íntegra. Els dos primers requisits són que el contracte estableixi una cooperació entre entitats públiques i que aquesta es dirigeixi a garantir el compliment d'una funció de servei públic comú a les entitats. El tercer requisit és que s'ha de subscriure únicament entre entitats públiques, el quart requisit, que no s'ha d'afavorir a cap prestador privat respecte als seus competidors i, l'últim, que la cooperació establerta s'ha de regir únicament per consideracions i exigències característiques de la persecució d'objectius d'interès públic.¹¹

En aquest sentit, és oportú fer referència a la Sentència del TJUE de 13 de juny de 2013 (ass. C-386/11), en la qual el Tribunal determina que un contracte entre dues entitats públiques a través del qual una de les entitats encomana a l'altra la tasca de netejar determinats edificis destinats a oficines, locals administratius i centres escolars, constitueix un contracte de serveis subjecte a les directives en matèria de contractació pública, ja que el seu objecte no era establir una cooperació entre les dos entitats públiques contractants dirigida a la realització d'"una missió de servei públic comú". Sobre la base d'aquesta Sentència, també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 19/2016, de 28 de setembre, va concloure que "els serveis com la neteja d'instal·lacions municipals, que no constitueixin prestacions de poder públic, no poden ser objecte de relacions de cooperació entre entitats públiques no sotmeses a la normativa de contractació pública".¹²

Per contra, en la Sentència de 9 de juny de 2009 (ass. C-480/06) el Tribunal va considerar exclòs de la normativa de contractació pública un contracte subscrit entre diverses entitats públiques que tenia per objecte la realització d'una missió de servei

¹⁰ Els requisits que han de concórrer per poder considerar si una entitat pot tenir la consideració de mitjà propi o servei tècnic d'una Administració o un altre subjecte del sector públic han estat analitzats per aquesta Junta Consultiva, entre molts d'altres, en els informes 18/2012, de 30 de novembre i 13/2015, de 12 de novembre.

¹¹ Sentència de 8 de maig de 2014 (C-15/13), entre d'altres.

¹² També, el TJUE va descartar l'existència d'una missió de servei públic en la Sentència de 19 de desembre de 2012 (ass. C-159/11), respecte d'un contracte entre dos entitats públiques l'objecte del qual era l'estudi i l'avaluació de la vulnerabilitat sísmica d'instal·lacions hospitalàries. Segons el Tribunal, la relació de cooperació entre les entitats públiques contractants no garantia una missió de servei públic comú, en la mesura que incloïa diversos aspectes materials dels quals una part considerable corresponia a activitats realitzades generalment per enginyers o arquitectes i que, encara que tinguessin una base científica, no constituïen investigació científica.

públic comú que consistia en l'eliminació de residus i en què s'acomplien la resta dels requisits per admetre la cooperació horitzontal.

A més, l'advocat general en l'assumpte C-15/13 va assenyalar que perquè concorri una funció de servei públic comuna no és suficient que l'obligació legal de desenvolupar-la afecti només una de les autoritats públiques implicades i l'altra es limiti a actuar com a mera col·laboradora, assumint contractualment funcions alienes. Ara bé, l'advocat considera que pot existir una cooperació dirigida a garantir el compliment d'una funció de servei públic comú quan existeixi una complementarietat específica de les funcions de servei públic exercides per les entitats públiques cooperants i la cooperació vers exactament sobre dites funcions específicament complementàries com, per exemple, les funcions d'ensenyament i les funcions d'investigació.

En la mateixa línia, el document de treball dels serveis de la Comissió, ja esmentat, s'ha referit a aquesta cooperació entre entitats públiques, en el qual es posa de manifest que, si bé la cooperació entre entitats públiques té per objecte garantir l'acompliment d'una missió de servei públic que competeix a totes les parts cooperants, no és necessari que cada part participi de la mateixa manera en l'acompliment efectiu de la missió, de manera que, la cooperació es pot basar en una divisió de tasques o en una certa especialització. A més, s'assenyala que per tal de distingir aquesta cooperació d'un contracte públic subjecte a les normes sobre contractació pública "sembla important que aquella impliqui drets i obligacions recíproques que vagin més allà de la realització d'una tasca a canvi d'una remuneració" i que, per tant, "si un poder adjudicador assigna unilateralment una tasca a un altre, això no es pot considerar cooperació".¹³

La cooperació horitzontal entre poders adjudicadors per a la prestació conjunta de serveis públics que els incumbeixin es recull en la Directiva 2014/24/UE, que regula en l'article 12, per primera vegada en l'àmbit del dret comunitari de contractació pública, els contractes públics entre entitats del sector públic que, si es compleixen totes i cadascuna de les condicions que la mateixa Directiva preveu, queden exclosos del seu àmbit d'aplicació¹⁴. En concret, en l'apartat 4 de l'article 12 s'estableixen els requisits que acumulativament han de concórrer per poder excloure dita cooperació de l'àmbit d'aplicació de la normativa de contractació pública i que són els següents: "a) que el

¹³ Aquest document estableix com a exemple de cooperació horitzontal el supòsit en què les parts cooperants tinguin com a objectiu el tractament de residus i es divideixin les tasques pertinents de manera que una s'encarregui de recollir i l'altra d'incinerar els residus.

¹⁴ El considerant 31 d'aquesta Directiva estableix que, atesa la inseguretats jurídica respecte de quan els contractes subscrits entre entitats del sector públic han d'estar regulats per les normes de contractació pública, es fa necessari precisar quan aquests contractes no estan subjectes a l'aplicació de dites normes; que aquesta precisió s'ha de guiar pels principis establerts en la jurisprudència del TJUE; i que, si bé el fet que les dues parts d'un acord siguin poders públics no exclou per si mateix l'aplicació de les normes de contractació, l'aplicació d'aquestes normes no ha d'interferir amb la llibertat dels poders públics per exercir les funcions de servei públic que els han sigut conferides utilitzant els seus propis recursos, la qual cosa inclou la possibilitat de cooperació amb altres poders públics.

contracte estableixi o desenvolupi una cooperació entre els poders adjudicadors participants amb la finalitat de garantir que els serveis públics que els incumbeixen es presten de manera que s'aconsegueixin els objectius que tenen en comú; b) que el desenvolupament de dita cooperació es guiï únicament per consideracions relacionades amb l'interès públic; i c) que els poders adjudicadors participants realitzin en el mercat obert menys del 20 % de les activitats objecte de la cooperació”.

A més, el considerant 33 d'aquesta Directiva introdueix matisacions respecte de l'abast dels requisits indicats. En concret, aquest considerant precisa que la cooperació s'ha de basar en un “concepte cooperador”; que mentre s'hagin contret compromisos de contribuir a l'execució cooperativa del “servei públic” de què es tracti, no és necessari que tots els poders adjudicadors participants assumeixin l'execució de les principals obligacions contractuals; que la cooperació pot incloure tota mena d'activitats relacionades amb l'execució dels serveis i responsabilitats que hagin estat assignades als poders participants o que n'hagin assumit, com les tasques obligatòries o facultatives de les autoritats locals o regionals o els serveis conferits a organismes específics de dret públic; que els serveis prestats pels poders adjudicadors participants no necessàriament han de ser idèntics, sinó que també poden ser complementaris; i que l'execució de la cooperació, incloses totes les transferències financeres entre els poders adjudicadors participants, s'ha de regir únicament per consideracions d'interès públic¹⁵.

Així, la Directiva 2014/24/UE, que positivitza la jurisprudència i doctrina comunitària sobre cooperació horitzontal entre entitats públiques, preveu la possibilitat que els poders adjudicadors subscriuguin contractes públics entre ells, en un pla d'igualtat i amb una finalitat cooperadora, per aconseguir en comú tasques de servei públic, sense que resulti d'aplicació la normativa sobre contractació pública, sempre que es compleixen totes i cadascuna de les condicions que l'article 12.4 de la pròpia directiva preveu.

Si bé la cooperació horitzontal no es troba positivitzada com a tal en el nostre dret intern, cal tenir en compte que l'apartat 4 de l'article 12 de la Directiva 2014/24/UE és d'aplicació directa des del dia 18 d'abril de 2016, tal com ja ha tingut ocasió de manifestar aquesta Junta Consultiva¹⁶.

Per tant, d'acord amb el que s'ha exposat, cal afirmar que la prestació d'alguns dels serveis com els que s'esmenten en l'escrit adjunt a la petició d'informe podria efectuar-se

¹⁵ En aquest sentit, el Document de treball de la Comissió sobre relacions entre entitats públiques, diverses vegades esmentat, estableix que la cooperació es regeix per consideracions relatives a la persecució d'objectius d'interès públic, i consegüentment pot comportar drets i obligacions recíproques, però no transferències financeres, llevat aquelles consistents en el reemborsament dels costos reals de les obres, serveis o subministrament, i que la prestació de serveis a canvi de retribució és una característica dels contractes públics subjectes a les normes sobre contractació pública.

¹⁶ [Informe 1/2016 sobre continguts de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, que han de ser d'aplicació directa a partir del dia 18 d'abril de 2016, data en què finalitza el termini per a la seva transposició. Breu referència a l'aplicació directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió.](#)

en el marc d'una relació de cooperació entre un consell comarcal i un o diversos ajuntaments de la comarca, relació que, independent de la seva denominació formal – d'acord, de conveni o de contracte– quedarà exclosa de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, si presenta les condicions fixades en l'article 12.4 de la Directiva 2014/24/UE.

V. Un cop determinats, amb caràcter general, en quins casos les relacions jurídiques entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca podran estar excloses de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública i, en concret, les possibilitats de què disposen per articular la prestació d'alguns dels serveis com els que s'esmenten en l'escrit adjunt a la petició d'informe, s'ha d'aclarir que en els casos en què la prestació de determinats serveis no pugui ser objecte d'una relació exclosa de l'àmbit d'aplicació d'aquella normativa, els ajuntaments han de tramitar un expedient de contractació per adjudicar el contracte de serveis, després del procediment corresponent, a qui presenti l'oferta econòmicament més avantatjosa.

En aquest sentit, la principal qüestió que s'ha de tractar, tenint en compte els termes en què es formulen la resta de consultes plantejades –les quals es relacionen amb una eventual participació d'un consell comarcal en una licitació pública–, fa referència a la possibilitat que els consells comarcals participin en licitacions de contractes del sector públic.

En primer terme, cal precisar que si bé el TRLCSP no considera de forma expressa la possibilitat que les administracions públiques puguin participar com a licitadores i, com a conseqüència, puguin resultar adjudicatàries, de contractes públics, tampoc dels seus preceptes es pot deduir que es limiti la participació d'aquestes en licitacions públiques.

Certament, l'article 54 del TRLCSP, relatiu a les condicions d'aptitud, requereix per poder contractar amb el sector públic que sigui una persona natural o jurídica, espanyola o estrangera, que tingui plena capacitat d'obrar, no estigui en prohibició de contractar, i acrediti la seva solvència econòmica, financera i tècnica o professional o, en els casos en què així l'exigeixi la llei, es trobi classificada. A més, l'article 57 estableix que les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions dels quals estiguin compreses dins dels fins, objecte o àmbit d'activitat que, a tenor dels seus estatuts o regles fundacionals, els siguin propis. De manera que, pel que fa a l'exigència d'aquests requisits, necessaris per poder contractar amb el sector públic, tampoc el TRLCSP distingeix en virtut de la naturalesa jurídica pública o privada de la persona que vulgui ser contractista¹⁷.

En segon terme, cal assenyalar que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre la possibilitat que determinades entitats públiques,

¹⁷ El TRLCSP només estableix determinades exempcions en quan a l'exigència d'alguns d'aquests requisits respecte de les universitats públiques a les quals, segons la disposició adicional sexta, no els serà exigible la classificació per ser adjudicatàries de determinats contractes; així com, respecte dels organismes públics d'investigació els quals, d'acord amb la disposició adicional setèima, estan exempts d'estar classificats i d'acreditar la solvència econòmica i financera i tècnica per ser adjudicatàries de contractes del sector públic.

incloses les administracions públiques, puguin participar com a un operador econòmic en licitacions del sector públic.

Així, cal destacar la sentència de 18 de desembre de 2014 (ass. C-568/13), en la qual el TJUE ha declarat que de les normes de la Unió i de la jurisprudència comunitària es desprèn que pot licitar o presentar-se com a candidat tota persona o entitat que, a la vista dels requisits previstos en un anunci de licitació, es consideri apta per garantir l'execució del contracte públic, amb independència que el seu estatut jurídic sigui públic o privat i de si opera sistemàticament en el mercat o només hi intervé amb caràcter ocasional. D'acord amb aquest Tribunal, són els estats membres els que tenen la facultat d'habilitar o no a determinades categories d'operadors econòmics per realitzar determinades prestacions, en particular, poden autoritzar o no que les entitats públiques operin en el mercat en funció de si l'activitat de què es tracti resulta compatible o no amb els seus objectius institucionals i estatutaris; ara bé, el TJUE assenyala que si les entitats es troben habilitades per oferir determinats serveis en el mercat a títol onerós, fins i tot ocasionalment, els estats membres no els poden prohibir participar en procediments d'adjudicació de contractes públics.¹⁸

Més concretament, en la Sentència de 6 d'octubre de 2015 (ass. C-203/14) el TJUE, davant la consulta de si el concepte d'operador econòmic utilitzat en les directives sobre contractació pública inclou les administracions públiques, i de si aquestes poden participar, com a operadors econòmics, en licitacions públiques, declara que el concepte d'operador econòmic inclou les administracions públiques i que aquestes poden participar en licitacions públiques "en la mesura en què aquestes estiguin habilitades per oferir serveis en el mercat a títol onerós".

Per tant, la jurisprudència del TJUE reconeix expressament la possibilitat que les administracions públiques puguin concórrer com a licitadores en les licitacions que promogui el sector públic, sempre que estiguin habilitades per la normativa pròpia que els afecta per realitzar les activitats de què es tracti en el mercat, com a un operador econòmic més, circumstància que caldrà analitzar i determinar cas per cas.

De fet, l'article 2.1.10 de la Directiva 2014/24/UE, al qual ja s'ha fet referència, considera com a operador econòmic, entre d'altres, tota entitat pública que "ofereixi en el mercat l'execució d'obres o una obra, el subministrament de productes o la prestació de serveis"; i el considerant 14 de la mateixa Directiva aclareix que el concepte d'operador econòmic ha d'interpretar-se en un sentit ampli a fi que inclogui qualsevol persona o entitat que ofereixi l'execució d'obres, el subministrament de productes o la prestació de serveis en el mercat, independentment de la forma jurídica que hagi escollit per operar en ell.

En tot cas, malgrat aquest reconeixement per part de la jurisprudència i la normativa comunitària que les entitats públiques, incloses les administracions públiques, puguin concórrer a licitacions de contractes públics si estan habilitades per operar en el mercat, no es pot desconèixer que les limitacions a la seva participació en licitacions poden

¹⁸ En el mateix sentit, el TJUE es va pronunciar també en la Sentència de 23 de desembre de 2009 (ass. C-305/08).

derivar dels mateixos requisits de capacitat i solvència que, d'acord amb la normativa sobre contractació pública, s'han d'exigir a les persones que vulguin contractar amb el sector públic.

En efecte, per tal de determinar si els consells comarcals poden participar en licitacions de contractes del sector públic, el primer que s'ha d'analitzar és si la mateixa normativa reguladora d'aquests, a la qual s'ha fet referència en la consideració jurídica primera d'aquest informe, els permet prestar lliurement serveis en el mercat com si fossin un operador econòmic més. Certament, no sembla desprendre's del mateix text refós de la Llei d'organització comarcal de Catalunya una habilitació a les comarques perquè puguin actuar lliurement en el mercat realitzant activitats de prestació de serveis, ni tan sols de forma circumstancial. De fet, com ja s'ha indicat, les seves competències giren entorn de garantir una adequada prestació dels serveis municipals i supramunicipals en col·laboració i coordinació amb els ajuntaments del seu propi àmbit i, si bé és cert que han de prestar determinats serveis d'assistència tècnica, jurídica i econòmica, la seva prestació és respecte dels ajuntaments de la comarca i ve imposada per la mateixa llei.

Per tant, en cas que la prestació d'alguns dels serveis com els que s'esmenten en l'escrit adjunt a la petició d'informe no pugui ser objecte d'una relació exclosa de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca, s'ha d'efectuar la licitació corresponent amb aplicació, a tots els candidats i licitadors, dels requisits necessaris per poder contractar amb el sector públic.

Sobre la base de les consideracions anteriors la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

1. Les relacions jurídiques entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca que no presentin els elements definitoris d'un contracte públic, perquè no tenen per objecte material prestacions pròpies dels contractes o perquè no són oneroses, es troben excloses de l'àmbit d'aplicació del text refós de la Llei de contractes del sector públic. Aquest seria el cas, per exemple, de quan els consells comarcals prestin determinats serveis als ajuntaments de la comarca per constituir activitats compreses dins de les seves competències pròpies, o de quan els ajuntaments deleguen al consell comarcal respecte les competències relatives al servei que es tracti i sempre que es compleixin els requisits establerts en la consideració II d'aquest informe.

2. Les relacions jurídiques entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca que presentin els elements definitoris d'un contracte públic queden també excloses de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, si la seva finalitat és la d'establir una cooperació en la realització de tasques dirigida a garantir la prestació d'un servei públic compartit, en els termes exposats en la consideració III d'aquest Informe.

3. La prestació dels serveis que no poden ser objecte d'una relació exclosa de l'àmbit d'aplicació de la normativa sobre contractació pública entre un consell comarcal i els ajuntaments de la comarca han de ser objecte de licitació amb aplicació, a tots els candidats i licitadors, dels requisits generals de capacitat i solvència establerts en dita normativa.

Barcelona, 16 de maig de 2017