

Informe 25/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de coubicación de equipamientos de telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

I. ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 22 de septiembre de 2008, en el que solicita se informen los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de coubicación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante procedimiento negociado sin publicidad, adaptados a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector Público.

Se acompañan, al oficio de la Secretaria General Técnica del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares correspondientes a los contratos indicados, así como el Informe favorable evacuado por la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón con fecha de 9 de septiembre de 2008, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 3 de noviembre de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De conformidad con el artículo 3.1. f) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

II. La necesidad de elaborar nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares adaptados a la LCSP.

Como se puso de manifiesto en el Informe 3/2008, de 13 de mayo, de esta Junta Consultiva, la entrada en vigor de la LCSP y la consecuente derogación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, hacen necesaria la aprobación de nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares para su utilización por los distintos órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de forma generalizada y homogénea, en aras de la mayor agilidad en la gestión administrativa, al tiempo que se facilita el mejor conocimiento de los pliegos de cláusulas por parte de los licitadores y contratistas.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa informó favorablemente los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros, adjudicados mediante procedimiento abierto y varios criterios de valoración (Informe 3/2008, de 13 de mayo). Dichos pliegos han sido redactados aceptando las sugerencias aportadas por la Junta en el Informe citado y aprobados por los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

III. De la naturaleza del contrato que tiene por objeto la ubicación del equipamiento para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

De la documentación remitida para informe —el propio oficio de fecha 22 de septiembre de 2008 por el que solicita el informe, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de ubicación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante procedimiento negociado sin publicidad y la copia del Informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos— no es fácil determinar cual es el objeto de la prestación del contrato y, en su consecuencia, la naturaleza del mismo.

La utilización de expresiones diferentes para referirse al objeto del contrato, tales como “*contratar la colocación de equipamiento de telecomunicaciones*” (según el oficio de petición de la Secretaria General Técnica del Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón), “*contrato administrativo especial de ubicación*” (según el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), “*ubicación de equipamiento para la prestación de servicios de telecomunicaciones en.. (lugar X)*” (según el apartado B del cuadro resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuadro que se halla en blanco), “*contrato administrativo especial de ubicación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones*” (según el Informe de la letrada de los Servicios Jurídicos

de 9 de septiembre de 2008), hacen difícil averiguar si nos encontramos ante un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, de los recogidos en la categoría 5 (Número de referencia CPP 752, número de referencia CPV de 64200000-8 a 64228200-2, 72318000-7, y de 72530000-9 a 72532000-3) del Anexo II de la LCSP, o bien de un contrato privado de carácter patrimonial.

En cualquier caso, y como tiene afirmado esta Junta (Informe 19/2008, de 4 de septiembre), una primera observación de carácter sustantivo es que de la actual regulación de la LCSP se desprende cierto carácter residual de la categoría del contrato administrativo especial. Es decir, prima la tipificación del contrato, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos. Lo que supone un evidente cambio frente a la regulación anterior del TRLCAP.

En segundo lugar, y al margen de las diferentes expresiones reseñadas para referirse al objeto del contrato de referencia, la cláusula administrativa 2.1.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de coubicación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, establece que las necesidades administrativas a satisfacer mediante este contrato son las siguientes:

“Las necesidades a satisfacer mediante el contrato son las relativas al uso compartido de emplazamientos e infraestructuras para la ubicación de equipamiento de la Administración con el fin de prestar servicios de telecomunicaciones.

A los efectos de este contrato, se entenderá como:

a) *Emplazamiento:*

El conjunto funcional que siendo susceptible de aprovechamiento para la prestación de servicios de telecomunicaciones, esté formado por cualquier bien inmueble (espacios, locales, edificios, terrenos,...) de titularidad del Contratista (título de propiedad o de disfrute que le permita la cesión de uso a terceros) y por las infraestructuras descritas en el siguiente apartado b).

b) *Infraestructuras:*

El conjunto de elementos, titularidad del Contratista, de los que está dotado el emplazamiento y que sean necesarios para la prestación de los citados servicios. A estos efectos, también será considerado como parte del emplazamiento cualquier

otra infraestructura del Contratista que aunque se localice fuera del citado inmueble, sea necesaria para prestar servicios de telecomunicaciones en el emplazamiento de referencia.

A título meramente enunciativo se citan las siguientes:

- El cerramiento o vallado que delimita o protege el recinto.*
- La acometida, tendido eléctrico, centros de transformación eléctrica o, en su caso, generador, que proporcionen suministro de energía eléctrica al emplazamiento.*
- La torre u otro elemento apto para el soporte de antenas y sistemas radiantes.*
- La caseta, contenedor o edificación para alojamiento de equipamiento.*
- Las canalizaciones.*
- Los accesos.*
- Cualquier otro medio técnico que se pueda utilizar para la instalación y funcionamiento de equipamiento de telecomunicaciones.*

c) Equipamiento:

Se entiende por equipamiento, el conjunto de equipos técnicos y otros elementos auxiliares relacionados con la prestación de servicios de telecomunicaciones, como antenas, sistemas radiantes y otros elementos de telecomunicaciones que se instalen utilizando el emplazamiento del Contratista y las infraestructuras de las que dispone. Este equipamiento puede ser tanto el propio del Gobierno de Aragón como el de un tercero que, relacionado con este contrato, instale su propio equipamiento en el mismo emplazamiento.”

De la lectura de la cláusula transcrita, así como del escrito de petición de informe y de otras cláusulas del pliego (en especial del Anexo IX), se deduce que nos encontramos ante un contrato de arrendamiento en virtud del cual el contratista (arrendador) se obliga a transferir temporalmente el uso y goce de un inmueble al Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón (arrendatario), quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado.

Es oportuno recordar que el artículo 28 LCSP establece que los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado; y por su parte el artículo 20 LCSP determina el carácter administrativo de los contratos en los siguientes términos:

“1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

- a. Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*
- b. Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.*

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas”.

Finalmente el art. 4.1 p) LCSP excluye de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporables, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, tendrán siempre el carácter de privados y se regirán por la legislación patrimonial.

Es oportuno recordar que el párrafo p) del artículo 4.1 LCSP es exigencia del Derecho Comunitario, en particular de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (considerando 24), que específicamente considera *«que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos normas de adjudicación»*.

Es cierto, sin embargo, que la jurisprudencia —entre otras, STS de 18 de marzo de 2002— no ha dudado en calificar como contratos administrativos

especiales, los contratos de compraventa y permuta cuya causa es satisfacer una necesidad pública. Pero no es menos cierto que en la LCSP, la distinción entre contrato administrativo y contrato privado se realiza de forma distinta a la normativa anterior. De manera que no es posible afirmar ya, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos de contratos como los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que conforme al art. 4.1 p) LCSP tienen siempre el carácter de privados y se rigen por la legislación patrimonial. Es decir, están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

IV. De la utilización del procedimiento negociado para seleccionar el contratista, que facilite el emplazamiento para la ubicación de los equipamientos de Telecomunicaciones.

En cuanto a la utilización del procedimiento negociado para seleccionar el contratista que facilite el emplazamiento para la ubicación de los equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones, hay que significar que debe acreditarse que estamos ante uno de los supuestos en que se encuentra justificado la utilización de este procedimiento, pero de acuerdo con la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma, si estamos ante un contrato privado. En particular sería de aplicación el Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Es cierto que puede pensarse en que no puede servir cualquier emplazamiento, sino sólo aquellos que por su ubicación reúnan las características suficientes para integrarse en la red de telecomunicaciones. Pero, en cualquier caso, debe acreditarse en el expediente en que se materialice el procedimiento de adjudicación.

V. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de cobricación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato administrativo especial de cobricación de equipamientos de Telecomunicaciones, para la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante procedimiento negociado sin publicidad, remitidos a Informe no pueden, por lo expuesto, utilizarse para la adjudicación de este contrato. En todo caso, y aunque pretendieran utilizarse, esta Junta llama la atención sobre los siguientes aspectos que deberían ser objeto de consideración:

- a) Carece de un índice de contenidos, clave para facilitar la lectura, comprensión y localización del clausulado.
- b) La cláusula 2.2.2 deberá ser objeto de revisión, pues por la propia naturaleza y funcionamiento de este procedimiento, no debe existir proposición de los licitadores, tal y como explicábamos en el epígrafe anterior. Debe regularse el mecanismo de negociación que debe ser dinámico y no estático, en cuanto a las ofertas a analizar. En consonancia con la cláusula 2.2.3 deberá valorarse la necesidad de la indicación 12^a. Además la previsión 9^a de esa misma cláusula, debería ser adaptada a la dicción del artículo 52 LCSP en lo relativo a la acreditación de solvencia con medios externos.
- c) La cláusula 2.3.3 no parece correcta –quizá por error- al hablar de propuesta de adjudicación, que no puede existir, ya que este procedimiento se caracteriza por la inexistencia de mesa de contratación. Esta observación es igualmente aplicable a la cláusula 2.3.4.

- d) La cláusula 2.5.5 aconseja su matización, en la medida en que la revisión de precios haya podido ser –como sería aconsejable- uno de los aspectos de negociación.
- e) En la cláusula 2.6.6 debería advertirse expresamente la previsión del artículo 202 y sus consecuencias prácticas, con el fin de evitar dudas interpretativas del pliego. La remisión a los preceptos del RGLCAP quizá debería desaparecer al no aportar mejoras al pliego.
- f) La cláusula 2.9 no indica la legislación aplicable en el supuesto del recurso para contratos no armonizados, por lo que debe incorporarse esta previsión.

III CONCLUSIONES

I.- El contrato para la coubicación de equipamientos de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones es un contrato privado —un contrato de arrendamiento, en virtud del cual el contratista (arrendador) se obliga a transferir temporalmente el uso y goce de un inmueble al Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón (arrendatario), quien a su vez, se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado— que se encuentra excluido de la LCSP y sometido a la legislación patrimonial, en concreto al Decreto Legislativo 2/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II.- En el supuesto de que se decidiera la celebración de un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones, de los recogidos en la categoría 5 (Número de referencia CPP 752, número de referencia CPV de 64200000-8 a

64228200-2, 72318000-7, y de 72530000-9 a 72532000-3) del Anexo II de la LCSP, deben utilizarse los pliegos tipo de la Comunidad Autónoma correspondientes. En todo caso debe llamarse la atención sobre la duración que para estos contratos establece el artículo 279 LCSP.

Informe 25/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 3 de noviembre de 2008