

Informe 1/2013, de 23 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a los contratos celebrados por el Instituto Tecnológico de Aragón por los que se contratan determinados servicios necesarios como «Organismo Público Verificador», en virtud de las previsiones del artículo 4.1.m) TRLCSP.

I. ANTECEDENTES

El Director Gerente del Instituto Tecnológico de Aragón (en adelante ITA) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de fecha 3 de diciembre de 2012, del siguiente tenor literal:

«ANTECEDENTES.

El Instituto Tecnológico de Aragón (ITA), actualmente, se rige por el Texto Refundido de la Ley Reguladora del Instituto Tecnológico de Aragón aprobado mediante Decreto Legislativo 5/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón y el artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, que realiza una modificación parcial del Texto Refundido (se adjuntan como anexos al presente escrito).

*El ITA se configura como una **entidad de derecho público**, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus **finés** (la promoción de la investigación y el desarrollo, con arreglo a los criterios de interés general, orientando sus actividades a impulsar la innovación tecnológica de las empresas) sujeta en su actuación externa al ordenamiento jurídico privado y que se rige en cuanto a su funcionamiento y régimen jurídico por lo dispuesto en la referida Ley, en las disposiciones que la desarrollen y en la normativa que resulte de su aplicación. No obstante, al régimen de contratación, tráfico patrimonial y mercantil y actividades externas le **será de aplicación el ordenamiento jurídico privado**.*

*En lo que se refiere a temas de contratación pública, de acuerdo con los artículos 3.2, último inciso y el 3.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y con la Circular 1/2008 de 3 de marzo de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Instituto se configura como una **entidad del sector público que tiene la condición de poder adjudicador y no es Administración Pública**.*

En suma, el ITA, es una modalidad de Organismo Público a que se refiere el artículo 79 y siguientes del Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, que por su ley de creación ajustan su actividad (ad extra) al ordenamiento jurídico privado, salvo excepciones que establezca su ley creadora o la propia Ley de la Administración de Aragón (remitiéndose así a la Ley de Contratación Pública –hoy TRLCSP- o a la Ley Presupuestario). Siendo su creación, personificación y organización de derecho público.

El artículo 3 dispone las funciones del ITA, entre las que está:

- d) Prestar servicios de ensayo y calibración de aparatos y equipos, que contribuyan a garantizar la calidad de los productos y servicios ofrecidos por las empresas.*

En relación a esta función, el ITA, entre otras actividades, desarrolla la siguiente para lo planteado en esta consulta.

Los titulares de Instrumentos de Pesaje de Funcionamiento No Automático (IPFNA), (sobretudo basculas) en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, principalmente, empresas privadas, cooperativas y alguna entidad pública tienen la obligación de someter dichos instrumentos a una verificación periódica cada dos años, quedando prohibido su uso en el caso de que no superen ese control metrológico y, en su caso, también tienen que someter a una verificación el instrumento después de reparación o modificación, previa a su nueva puesta en servicio. Estas fases de control metrológico se realizarán por servicios u organismos autorizados por la Administraciones públicas competentes.

El RD 889/2006, de 21 de julio que regula el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida, establece en su artículo 13 que la ejecución del control metrológico en las fases de instrumentos en servicio (verificación después de reparación o modificación periódica) recae en la Administración Pública competente donde se encuentre ubicado el instrumento de medida.

La Resolución de 29 de noviembre de 2007, de la Secretaría General de Industria, por la que se publica la Directriz 1/2007, de 26 de noviembre, reconoce dos formas de ejecutar el citado control metrológico por parte de las Administraciones Públicas competentes:

1. *Directamente con medios propios, o a través de entes, sociedades instrumentales o cualquier otra forma que corresponda designadas para tal fin por cualquiera de los medios legalmente establecidos (**opción seguida por la CCAA de Aragón a través de los Organismos de verificación autorizados**).*
2. *A través de la actuación de los organismos autorizados de verificación metrológica a los que se refiere el real decreto 889/2006 por el que se regula el control metrológico, siendo estos los regulados por dicha Directriz.*

Organismo de verificación autorizado es aquella entidad, pública o privada, designada por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa del Gobierno de Aragón, para llevar a cabo los cometidos relativos a la ejecución del control metrológico en las fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En la Orden de 8 de enero de 2002 del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo se establece el procedimiento aplicable a la Comunidad Autónoma de Aragón para efectuar el control metrológico del Estado, en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica y se fijan las condiciones y requisitos que deben reunir los organismos para la ejecución del citado control metrológico.

Asimismo, la citada Orden dispone en su artículo 3.3 que los Organismos de verificación estarán obligados a atender todas las peticiones de verificación de instrumentos o sistemas con independencia de la ubicación de los mismos en el territorio de Aragón, debiendo ser las tarifas que apliquen como contraprestación de la verificación realizada, independientes de la ubicación de éstos.

Mediante Resolución de 10 de mayo de 2002 de la Dirección General de Industria, el ITA es designado como Organismo público competente para llevar a cabo la ejecución del control metrológico en sus fases de verificación después de reparación o modificación y de verificación periódica, entre otros, sobre los instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático. Designación que se ha ido prorrogando, estando vigente en la actualidad.

En virtud de tal designación el ITA está obligado a comunicar a la Dirección General de Industria las tarifas a aplicar en cada uno de los ámbitos de actuación de todo el territorio de Aragón.

El ITA para garantizar la prestación del servicio de verificación de dichos instrumentos solicitado por las empresas o entidades públicas necesita contar con los dispositivos necesarios para la manipulación y aplicación de los patrones de masa de alta precisión (con un peso total estimado de 20 toneladas) sobre el receptor de carga del instrumento y el transporte a los lugares de calibración y/o verificación donde estén ubicados los IPFNA con independencia de la ubicación de los mismos dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón, por ello subcontrata

el servicio de transporte y manipulación de pesas patrón para realizar la calibración y/o verificación de los IPFNA.

Sirva como dato a tener en cuenta en la respuesta a esta consulta que durante el año 2011 el ITA llevó a cabo la verificación periódica de 175 IPFNA ubicados en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de los cuales, 148 eran titulares empresas privadas y 27 eran Administración Pública, principalmente Ayuntamientos.

Este servicio está sujeto a contraprestación por parte del solicitante del servicio, con arreglo al presupuesto que le es enviado antes del comienzo de la prestación y aceptado por el mismo, en el que se especificará tanto el coste de la verificación misma como los gastos (transporte, manipulación, etc.) en los que incurre el ITA para la realización de las prestaciones objeto del encargo.

Es este el contexto de las relaciones de terceros que mantiene el ITA derivada de su propia naturaleza jurídica desde donde se explican las relaciones comerciales con la empresa subcontratista que nos sitúa en el ámbito de Derecho Privado y creemos excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos en virtud de su artículo 4.1.m).

El TRLCSP establece en su artículo 4 "Negocios y contratos excluidos", lo siguiente:

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas...

m) Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.

CONSULTA

En consecuencia, según las circunstancias expuestas se procede a consultar a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el siguiente extremo:

1. Determinar si la subcontratación del transporte y manipulación de pesas patrón para efectuar la verificación y/o calibración periódica de los IPFNA a la que el ITA está obligado a realizar por haber sido designado Organismo Público Verificador quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de la previsión del artículo 4.1.m).

2. *Si a juicio de esa Junta esos contratos no se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, propuesta sobre como efectuar la contratación de esos servicios».*

Junto con el mencionado escrito, se aporta la legislación que regula la creación del citado Instituto, sus Instrucciones de Contratación de 1 de septiembre de 2008, y la Resolución de 19 de abril de 2012 del Director General de Industria y Pequeña y mediana Empresa, por la que se prorroga la designación del ITA como organismo público competente para llevar a cabo la ejecución del control metrológico en las fases de verificación después de reparación o modificación, y de verificación periódica.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 23 de enero de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Director del ITA es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Contratos comprendidos en el artículo 4.1.m) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Extensión de la exclusión legal a la subcontratación necesaria para realizar los servicios de «Organismo Público Verificador».

El ITA, tal como apunta el escrito de solicitud, y en virtud de la legislación que lo regula (Decreto legislativo 5/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora del ITA, modificado por el artículo 42 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre) se configura como una entidad de derecho público, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, que son la promoción de la investigación y el desarrollo, con arreglo a los criterios de interés general, orientando su actividad a impulsar la innovación tecnológica de las empresas.

Esta naturaleza de entidad de derecho público permite clasificarla dentro de los ámbitos del Sector público que distingue el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en la categoría de poder adjudicador no Administración Pública.

De conformidad con esta catalogación, el régimen de sometimiento al TRLCSP se corresponderá con el propio de los poderes adjudicadores; esto es, sometimiento a la ley en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, y, por debajo del umbral de la misma, a su manual de instrucciones, configurado de conformidad y con respeto a los principios básicos de concurrencia en materia de contratación (Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo, emitida por este mismo órgano consultivo).

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público introdujo — entre otros nuevos supuestos— una exclusión objetiva de su ámbito de aplicación en su artículo 4.1.m), en la actualidad recogida con idéntica ubicación en el TRLCSP, según la cual quedan excluidos de la citada Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

«m) Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato».

Los poderes adjudicadores pueden ser adjudicatarios de contratos públicos. Y ello aunque, como ya señalara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 2/2001, de 23 de noviembre, en coherencia con lo dicho por el TJCE en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto ARGE Gewässerschutz, (cuyas conclusiones en este punto son aplicables con la regulación contenida en el TRLCSP, únicamente con las necesarias equivalencias en las citas normativas):

«La LCAP no contempla expresamente, ni para afirmar ni para negar, la eventualidad que un organismo público pueda ser adjudicatario de un contrato administrativo, mediante su participación en los procedimientos y las formas de adjudicación que la LCAP establece. En efecto, el Título II (“De los requisitos para contratar con la Administración”) del Libro I LCAP, no contiene referencia expresa a la circunstancia que un organismo público pueda ser licitador y adjudicatario de los contratos administrativos.

Concretamente, el artículo 15 LCAP, relativo a la capacidad de las empresas requiere, para poder contratar con la Administración, que sea una persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga plena capacidad de obrar y acredite su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que es exigida por la Ley. Los artículos 16, 17, 18 y 19, sobre los medios para acreditar la solvencia económica, técnica y profesional, no establecen tampoco referencias expresas a los organismos públicos.

Tampoco se establece en el artículo 20 LCAP una causa de incapacidad para contratar con la Administración por la naturaleza de organismo público o, en general, por la condición de Administración Pública del adjudicatario del contrato.

Si bien la LCAP no contiene referencia expresa sobre la posible relación contractual entre administraciones públicas con objeto propio de los contratos que en el Libro II de esta Ley se regulan, sí fija, por el contrario, algunas regulaciones en las que se contempla expresamente la circunstancia que el licitador o el adjudicatario sea un organismo público...»

A estos efectos, la Directiva 2004/18/CE en su artículo 1.8 afirma que los términos «*contratista*», «*proveedor*» y «*prestador de servicios*» designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos, que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.

El supuesto, recogido ahora en la letra m) del artículo 4.1 TRLCSP, se refiere tanto a la entrega de bienes o derechos, como a la prestación de servicios a que se obligue cualquier ente, organismo o entidad del sector público definido en el artículo 3.1 TRLCSP, entre los que se encuentra —como acaba de señalarse— el ITA. Es decir, estamos ante contratos en los que corresponde la materialización de la prestación o la ejecución del objeto del mismo al sector público, mientras que el adquirente de los bienes o receptor de los servicios no formará parte de dicho sector. Cuando, por el contrario, el adquirente de los bienes o receptor de los servicios pertenezca igualmente al sector público, lógicamente, y como señala el precepto, entrarán en juego las reglas contenidas en el TRLCSP.

En este contexto, se plantea por el ITA en su detallado escrito de consulta, si lo que denomina «*subcontratos*» precisos para realizar los servicios de transporte y manipulación de pesas patrón, necesarios para realizar la calibración y/o verificación de los IPFNA, que el ITA está obligado a realizar por haber sido designado «Organismo Público Verificador», quedan excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, en virtud de su artículo 4.1.m).

No se plantea en la consulta, pero es evidente, que la propia prestación por el ITA de la calibración y/o verificación de los IPFNA a sus destinatarios sí estará incluida en la exclusión recogida en el precepto, con el matiz de la necesaria aplicación de las prescripciones del TRLCSP cuando el solicitante sea una entidad del sector público sujeta al mismo, «*principalmente Ayuntamientos*» indica el escrito.

Ahora bien, no es posible extender la aplicación del precepto —y su consiguiente exclusión de la aplicación de la Ley— a las contrataciones precisas por el ITA para realizar la prestación del servicio. El ITA deberá aplicar en la contratación de las mismas el régimen jurídico contractual que le sea consustancial, sin que la condición a su vez de contratista en este caso pueda alterarlo. Aplicará el TRLCSP si la prestación que contrata se corresponde con el ámbito material del TRLCSP, y el contrato tendrá el régimen jurídico que corresponde a la naturaleza del organismo, en relación con el ámbito subjetivo de la norma.

Y ello porque los supuestos de exclusión, según reiterada jurisprudencia del TJUE, deben interpretarse de forma estricta, no solo en el sentido de que cuando los Estados miembros trasponen a su ordenamiento la Directiva, únicamente pueden excluir del ámbito de aplicación de la norma interna de contratos públicos los casos que taxativa y expresamente se relacionan en la norma comunitaria, sino que el alto Tribunal recomienda una atención especial en lo referente a la aplicación de las excepciones o exclusiones al régimen de la norma comunitaria.

Además, la razón material que justifica la necesaria exclusión de la aplicación del TRLCSP a los servicios realizados por el ITA como «Organismo Público Verificador» a entidades privadas (designación en exclusiva en la normativa para verificar el servicio), no concurre en los servicios que éste deba contratar,

de posible ejecución por cualquier operador económico que ostente la necesaria habilitación profesional.

De la documentación e información facilitada por el ITA se concluye que estas contrataciones «*necesarias*» son contratos de servicios onerosos y típicos, cuyo ámbito objetivo está incluido en los artículos 2 y 10 del TRLCSP, por lo que el ITA deberá respetar en su tramitación y adjudicación las normas que sean de aplicación.

Sentado lo anterior, la respuesta a la cuestión sobre cómo efectuar por el ITA la contratación de estos servicios se ha apuntado ya en el presente informe: el ITA deberá aplicar en la contratación de los mismos el régimen jurídico contractual que le sea consustancial, es decir, se someterá al TRLCSP en cuanto a la preparación y adjudicación si los contratos a concertar están sujetos a regulación armonizada, y, por debajo del umbral de ésta, a sus Instrucciones de contratación, con las posibilidades que en la misma se contienen.

III. CONCLUSIÓN

I. Los contratos que celebre el ITA para realizar los servicios de transporte y manipulación de pesas patrón, necesarios para realizar la calibración y/o verificación de los IPFNA, que esta entidad de derecho público está obligada a realizar por haber sido designado «Organismo Público Verificador», no están comprendidos en los supuestos regulados en el artículo 4.1.m) TRLCSP. El ITA deberá aplicar en la contratación de los mismos el régimen jurídico contractual que le sea consustancial, sin que la condición a su vez de contratista en este caso pueda alterarlo.

Informe 1/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, adoptado en su sesión de 23 de enero de 2013.