



Informe 3 /2010 de 28 de xuño de 2010, de consulta sobre posibilidade de existencia de contratos menores de xestión de servizos públicos, administrativos especiais e privados. Aplicabilidade do procedemento negociado na concertación de contratos de difusión publicitaria cos medios de maior difusión do Concello. Sistema de recursos contra os actos de adxudicación provisional e definitiva en contratos non harmonizados.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Pontevedra dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Polos servizos municipais solicítase desta Alcaldía a remisión das consultas que se refiren a ese órgano, todas elas sobre cuestións de indubidable importancia na actividade contractual do Concello.

Primeira.- Sobre a posibilidade de existencia de contratos menores de xestión de servizos públicos e mesmo administrativos especiais.

Partindo da regulación contemplada no art. 56 do anteriormente vixente RDL 2/2000 (en diante TRLCAP), a XCCA do Estado viña negando a posible configuración como contratos menores dos de xestión de servizos públicos e dos administrativos especiais (informe 38/05, de 26 de outubro de 2005).

Á vista da nova regulación contemplada nos artigos 95 e, especialmente 122.3 da Lei 30/2007, de Contratos de Sector Público (LCSP en diante), procede reformularse a anterior limitación, xa que o último dos preceptos ao fixar o límite cuantitativo destes contratos, alude a 50.000 € para os de obras e 18.000 € **cando se trate doutros contratos**, o que dá pé a interpretar que, dado que o seu réxime xurídico o permite, non habería inconveniente en tramitar como menores os contratos de xestión de servizos ou administrativos especiais cuxa contía supere tal cantidade.

Para efectuar o cálculo do seu importe podería aplicarse, por analogía, o previsto respecto ao procedemento negociado por razón da contía no art 156.b) da mesma LCAP, de tal forma que se posibilitarían os contratos menores de xestión de servizos cando a súa duración non supere o ano (por definición, aplicable a tódolos contratos menores) e os gastos de primeiro establecemento non superen os 18.000 €.

A cuestión non é estéril, posto que non é infrecuente que o Concello se vexa na necesidade de encomendar a un terceiro a xestión de servizos de escasa entidade e duración, por ceses temporais na explotación do concesionario actual (secuestro), por extinción do contrato anterior e ata a adxudicación dun novo, por cese na xestión directa polos servizos municipais temporalmente a consecuencia de diferentes motivos, etc.

Obviamente, estes contratos non poderían empregarse co fin de sucederse no tempo, concatenándose nun fraccionamento indebido no seu obxecto que evitase a preceptiva licitación. A adecuada xustificación e localización temporal en cada caso evitaría este risco.



Polo tanto, a primeira cuestión sobre a que se pide pronunciamento desa XCCA é a exposta:

- A posibilidade de aplicación da categoría de contratos menores aos de xestión de servizos públicos, administrativos especiais e, mesmo, aos privados.
- O cálculo do límite do prezo, de 18.000 €, para o caso dos primeiros.

Segunda.- Aplicabilidade do procedemento negociado á concertación de contratos de difusión publicitaria cos medios de maior difusión do concello.

O Concello de Pontevedra vese na necesidade de comunicar frecuentemente á poboación multitude de eventos ou situacións que lles afectan, no marco da publicidade institucional e nos límites que impón a normativa reguladora da mesma. Para isto acude á inserción de anuncios de prensa escrita e de cuñas nos programas radiofónicos, e mesmo na TV local. Esta información incluso ben en ser considerada pola normativa local como un dos principios reitores da actividade municipal, xa que posibilitará a máis ampla participación da veciñanza na toma de decisións e, por outra banda, evitaralles prexuízos polas actuacións municipais ou permitiralles aproveitar os novos servizos ou instalacións que se poñan á súa disposición.

Pois ben, para garantir a maior das difusión preténdese inserir anuncios, ou cuñas, en cada un dos medios de maior difusión do municipio, chegando deste modo á maior franxa de poboación posible.

Para a consecución deste fin o Concello acudirá a un contrato de servizos, na categoría de publicidade (13ª do Anexo II da LCSP), para maior concreción, se ben o problema preséntase en canto á formula para articularlo.

Segundo a Lei 34/1988, a publicidade poderá concertarse na modalidade de contrato de Publicidade (arts. 15 a 18) ou de difusión publicitaria (arts. 19 a 21). A primeira pode incluír a *“ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma”*, e conveniase cunha axencia de publicidade. O contrato de difusión publicitaria concertaríase directamente co medio, que cedería espazos de tempo e físicos para anunciarse.

Partindo de que o Concello o que pretende é abranguer a tódolos medios de maior difusión de Pontevedra, e estando ao noso xuízo suficientemente xustificada esta inserción de anuncios en todos eles para chegar á maior parte da poboación, semella, en principio, como o máis idóneo desde a perspectiva da xestión contractual (evítase a sucesión de contratos menores) e económica (conséguense mellores prezos) acudir á contratación directa cos medios por varios exercicios e por uns presupostos tope.

A imposibilidade de promover a concorrència dedúcese de que o que se busca é o anuncio nuns determinados periódicos, radios ou TV, e non só nun deles, que serán os de maior difusión. O problema xurde cando, segundo considera a XCCA de Canarias, no seu Informe 1/2005, de 27 de xaneiro, non existe amparo no art. 154.d) para acudir ao procedemento negociado sen publicidade e sen solicitude de 3 ofertas. Polo tanto, dita XCCA propón que se conclúa o



contrato a través de axencia.

Esta solución presenta os seguintes inconvenientes:

- En principio é de esperar que as tarifas sexan maiores que contratando directamente co medio.
- O obxecto é a mera inserción publicitaria, non se pretende organizar campañas, nin creación, preparación ou programación da publicidade, xa que estas tarefas as asumiría o gabinete de comunicación municipal.
- Poderían incluso presentarse os propios medios en concorrencia coas axencias de publicidade co que, segundo o exposto, é de supor que fagan mellores ofertas e, polo tanto, a licitación non deixe de ser artificiosa.

Non parece, pois, moi lóxico que para contratar espazos nuns determinados medios predeterminados teña que acudir a terceiros intermediarios.

Así exposto, fórmulanse a esa XCCA as seguintes cuestións:

- ¿Cabería adjudicar directamente os contratos de inserción publicitaria con medios en base á imposibilidade de promover a concorrencia por, unha vez acreditado que son os de maior difusión do concello e que se pretende chegar a toda a poboación, ter o dereito en exclusiva da explotación da súa propiedade?. É dicir o que finalmente autoriza os anuncios no diario, ou no programa radiofónico, é o propio medio, ben sexa directamente ao concello, ben vendéndoa ao axente que, a súa vez e dun xeito redundante, o ofertará (suponse que máis caro) ao propio Concello.
- ¿Existe algunha outra vía distinta que permita contratar esta difusión publicitaria cos medios ou non quedará máis remedio que, como expoñía a XCCA de Canarias, acudir a un contrato de publicidade cunha axencia, por máis que non semelle de lóxica?.

Terceira.- Recursos contra os actos de adjudicación provisional e definitiva en contratos non SARA.

A última das cuestións sinaladas versa sobre o réxime de recursos a interpor contra os acordos de adjudicación provisional e definitiva nos procedementos de contratación non suxeitos a regulación harmonizada, partindo dos arts. 135 a 137, principalmente. Pregúntase cál sería o réxime de recursos a incluír nas notificacións dos acordos de adjudicación provisional e definitiva que, por esixencia legal, deben de facerse a cada un dos licitadores e mesmo publicarse.

Segundo se puido comprobar existen deferentes teorías:

- Hai que mantén que a adjudicación provisional solo se notifica aos licitadores, e se publica no perfil, a efectos de que poidan instar aclaracións sobre os motivos da adjudicación (art. 135.3 LCSP), pero que nos sería recorrible por



separado. Isto salvo no caso dos contratos suxeitos a regulación harmonizada, nos que procede o recurso especial regulado no art.37. De feito, por isto a propia lei prevé especificamente dito recurso nesta fase, podendo interpretarse, a *sensu* contrario, que nos demais non cabe. Coadxuva a esta interpretación que a adxudicación definitiva, que expresamente se di que ha de ser motivada, se notifica tamén a todos os licitadores (art. 137) e sería aquí cando poderían recorrer, polas causas que foran. O feito de que a adxudicación declare dereitos non significa que, ao ter que incorporarse necesariamente á adxudicación definitiva e ser neste momento cando, así mesmo, o adxudicatario debería de ter cumpridos os deberes que xustifiquen esta adxudicación definitiva, non poda subsumirse na definitiva a ser esta a recorrible.

- Outro sector opina que contra a adxudicación provisional cabería recurso de reposición e contencioso, sen que procedan contra a adxudicación definitiva (XCCA de Aragón, informe 18/2008, de 21.07.2008) partindo de que a adxudicación é un auténtico acto declarativo de dereitos. Pero esta teoría non explica por qué, entón, a todos os licitadores hai que notificarlles a adxudicación definitiva e, ademais, produce indefensión para poder recorrer pola posible falta de constitución da garantía definitiva ou demais posibles incumprimentos do adxudicatario provisional.
- Finalmente, nunha posición que entendemos como a máis garantista, que caben recursos administrativo e contencioso contra ambas adxudicacións, se ben na segundo solo limitado ao incumprimento de deberes, polo adxudicatario provisional, necesarios para que procedese a adxudicación definitiva. É dicir, notificaríase a adxudicación provisional co réxime de recursos ordinario (reposición e contencioso), e despois tamén a definitiva co mesmo réxime, pero advertindo que solo procedería recurso por incumprimentos ou erros desde a adxudicación provisional.

Xa que logo, ínstase informe sobre o exposto, en canto ao réxime de recursos que, no seu caso, debería de constar nas notificacións e publicacións dos acordos tanto de adxudicación provisional como definitiva nos contratos non suxeitos a regulación harmonizada.

Na espera de poder contar coa opinión autorizada desa XCC, e de acordo co posibilitado polo art. 2.1 do Dto.237/2007, remítese o presente.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.-Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- APLICABILIDADE DA CATEGORÍA DE CONTRATOS MENORES AOS DE XESTIÓN DE SERVIZOS PÚBLICOS, ADMINISTRATIVOS ESPECIAIS E PRIVADOS.

O artigo 122.3 in fine define os contratos menores, pola súa contía, do seguinte xeito: “Considéranse contratos menores os contratos de importe inferior a 50.000 euros, cando se trate de contratos de obras, ou a 18.000 euros, cando se trate doutros contratos, sen prexuízo do disposto no artigo 190 en relación coas obras, servizos e subministracións centralizadas no ámbito estatal”.

A diferenza da regulación do Texto refundido da Lei de Contratos das Administracións públicas (RDL 2/2000) -que solo contemplaba esta figura para os contratos de obras, subministros e servizos/ consultoría-, a vixente LCSP non especifica qué “outros” tipos de contratos, a máis dos de obras, poden tramitarse como contrato menor, motivo que orixina a presente consulta sobre si se deben entender incluídos os contratos de xestión de servizos públicos, os privados e os administrativos especiais.

2.1 No que respecta á tramitación dos contratos de xestión de servizos públicos como contratos menores, é preciso partir do establecido no artigo 122.3 segundo o que: “os contratos menores poderán adjudicarse directamente a calquera empresario con capacidade de obrar e que conte coa habilitación profesional necesaria para realizar a prestación, cumprindo coas normas establecidas no artigo 95.”

O artigo 95 da LCSP, ubicado nas normas xerais de preparación dos expedientes de contratación (título I do Libro II da LCSP), determina, sobre a tramitación do expediente de contratación dos contratos menores, que soamente se esixirá a aprobación do gasto e a incorporación ao mesmo da factura correspondente. Deseña un procedemento que, e así declara expresamente o apartado 4 da Exposición de Motivos da LCSP, pretende a simplificación das cargas administrativas de xestión dos contratos por razón da súa contía.

Non obstante, respecto ao contratos de xestión de servizos públicos, a LCSP prevé, nese mesmo Título, normas especiais para a súa preparación que difiren notablemente do antedito réxime aplicable aos contratos menores. Así, os artigos 116 e 117 da vixente LCSP establecen, para este tipo de contratos, unha serie de actuacións preparatorias que mostran, en aras ao principio de seguridade xurídica, a importancia de formalizar as prestacións a desenvolver, a través dun expediente previo, exhaustivo e complexo, de contido moi formalizado. Así, o artigo 116 LCSP establece que “*antes de proceder á contratación dun servizo público*” deberá establecerse o seu réxime xurídico, no que se declare expresamente que a actividade de que se trata queda asumida pola Administración como propia, que atribúa as competencias administrativas, determine o alcance das prestacións en favor dos administrados, e que regule os aspectos de carácter xurídico, económico e administrativo relativos á prestación do servizo. Continúa o artigo 117, indicando que os pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas

fixarán as condicións de prestación do servizo e, no seu caso, fixarán as tarifas dos usuarios, os procedementos para a súa revisión, e o canon u participación que houbera de satisfacerse á Administración.

A única excepción que recolle a LCSP en relación ao establecido nos artigos que acabamos de transcribir, establécese na Disposición Adicional 29ª relativa á prestación de asistencia sanitaria en situacións de urxencia, indicándose que nestes contratos, se son por importe inferior a 30.000 euros, non serán de aplicación as disposicións desta Lei relativas á preparación e adjudicación do contrato de maneira que abundará que, ademais xustificarse a urxencia, se determine o obxecto da prestación, se fixe o prezo a satisfacer pola asistencia e se designe polo órgano de contratación a empresa á que corresponderá a execución.

En todos os demais supostos resultan esixibles todos os requisitos que se establecen no artigo 117.1 co fin de salvagardar o principio de seguridade xurídica, por todo isto considera este órgano que a categoría do contrato menor non é facilmente aplicable aos contratos de xestión de servizos públicos porque aínda cando é certo que facendo unha interpretación literal do artigo 122.3 da LCSP non se prohíbe, resulta difícil cohonestar ambos rexímenes xurídicos.

Cabe, por último, indicar un aspecto ata agora no referido, cal é o do valor estimado do contrato que, como se ten indicado, é o que caracteriza aos menores. Non se pode esquecer que, tanto no contrato de xestión de servizo público así como no contrato administrativo especial, ao que faremos referencia no apartado seguinte, por regra xeral, o contratista non recibe un prezo da Administración senón que percibe a súa retribución dos particulares, e para estes casos, maioritarios en ambos tipos, non prevé a norma a forma de calcular o seu valor estimado polo que teñen difícil encaixe cun procedemento que se fundamenta exclusivamente polo valor estimado dos contratos que o poden aplicar.

En definitiva, a cuestión da posible existencia de contratos menores non contratos de xestión de servizos públicos non pode ser resolta con carácter xeral, pois deberá apreciarse no caso concreto de cada actividade que teña a natureza de servizo público, se é posible a utilización deste procedemento de adjudicación directa que se caracteriza exclusivamente polo valor estimado do contrato, atendendo ó seu réxime xurídico peculiar preexistente e, en particular, atendendo á posibilidade de calcular o indicado valor estimado.

2.2 No que respecta á tramitación dos contratos administrativos especiais como contratos menores, comezar indicando que, estando vixente o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, informaba a Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal (no seu Informe 38/05 de 26 de outubro), que a categoría do contrato menor non era aplicable para os contratos administrativos especiais por non estar admitida expresamente para os mesmos (en referencia á exclusiva mención do procedemento para as obras, subministros e servizos/consultaría), e por resultar incompatible co seu réxime xurídico a teor do esixido no derogado artigo 8 da LCAP que sinalaba, no seu apartado 2, as condicións que necesariamente tiñan que figurar nos pregos de cláusulas administrativas particulares (o seu carácter, garantías, prerrogativas,

alcance das prórrogas e prohibición das tácitas, causas de resolución, competencia do orden xurisdiccional contencioso-administrativo, etc.).

Segundo a actual redacción do artigo 19.1.b) dá LCSP terán carácter administrativo, sempre que se celebren por unha Administración Pública, os contratos de obxecto distinto aos contratos típicos expresados no parágrafo a), que teñan natureza administrativa especial por estar vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia daquela, sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme ao parágrafo segundo do artigo 20.1, ou por declaralo así unha Lei.

Se ben a nova LCSP, no seu artigo 19.1 b), difire do disposto no derogado art. 8 da TRLCAP -xa que desaparecen do texto legal as mencións que de xeito obrigatorio habían de conterse nos pregos-, hai que considerar vixente, en tanto que non contradí o disposto na LCSP, o artigo 3.1 e 67.2 do Regulamento da Lei de Contratos das Administracións Públicas (aprobado polo RD 1098/2001, de 12 de outubro) que regulan os contidos mínimos dos pregos que rexerán na licitación deste tipo de contratos.

Feitas estas puntualizacións, entende este órgano que son de aplicación os mesmos argumentos e consideracións que sobre o valor estimado de contrato fixemos anteriormente, que, como se ten indicado, é o que caracteriza aos contratos menores. Non se pode esquecer que tamén no contrato administrativo especial por regra xeral, o contratista non recibe un prezo da Administración senón que percibe a súa retribución dos particulares, e para estes casos non prevé a norma a forma de calcular o seu valor estimado polo que teñen difícil encaixe cun procedemento que se fundamenta exclusivamente polo valor estimado dos contratos que o poden aplicar.

En definitiva, a cuestión da posible existencia de contratos menores nos contratos administrativos especiais deberá apreciarse en cada caso concreto atendendo á posibilidade de calcular o indicado valor estimado.

2.3. No relativo á tramitación dos contratos privados como contratos menores, o artigo 20 da LCSP caracteriza os contratos privados, ben por razón do suxeito do sector público que os celebra; ben por razón do obxecto do contrato (artigo 20.1), regulando a continuación, no seu artigo 20.2, o seu réxime xurídico: “Os contratos privados rexeranse en canto á súa preparación e adxudicación en defecto de normas específicas, pola presente Lei e as súas disposicións de desenvolvemento, aplicándose supletoriamente as restantes normas de dereito administrativo ou, no seu caso as normas de dereito privado, segundo corresponda por razón do suxeito ou entidade contratante. En canto aos seus efectos e extinción, estes contratos rexeranse polo dereito privado”.

Sobre o réxime xurídico dos contratos privados é posible realizar tres consideracións:

a) O réxime xurídico da preparación e adxudicación dos contratos privados, en defecto de normas específicas, será o establecido na LCSP para a preparación e adxudicación dos administrativos;



b) Como xa se ten referenciado no presente informe, as normas que a LCSP dedica aos contratos menores ubícanse, como normas xerais para a preparación dos expedientes de contratación, no Libro II, e como forma de adxudicación dos contratos no Libro III dedicado á “Selección do contratista e adxudicación dos contratos”, sen que se estableza especialidade algunha sobre a tramitación dos contratos privados;

c) A propia LCSP, na súa disposición adicional duodécima -no relativo á contratación de acceso a bases de datos e subscrición de publicacións-, prevé a tramitación destes contratos de conformidade coas normas establecidas na Lei para os contratos menores, establecendo, como única particularidade, o non estar condicionados a límite de contía algún agás que o importe cruce o umbral dos contratos harmonizados.

Feitas estas consideracións é posible concluír que a categoría de contrato menor é aplicable aos contratos privados, agás para aqueles contratos que por razón do seu obxecto se rexan por normas específicas, suposto no que se aplicarán estas con carácter preferente.

3.- APLICABILIDADE DO PROCEDEMENTO NEGOCIADO Á CONCERTACIÓN DE CONTRATOS DE DIFUSIÓN PUBLICITARIA COS MEDIOS DE MAIOR DIFUSIÓN DO CONCELLO.

3.1.- A Lei 34/1988, de 11 de novembro , Xeral de Publicidade tipifica catro clases de contratos publicitarios:

- publicidade
- difusión publicitaria
- creación publicitaria, e
- patrocinio publicitario

Estes contratos son equiparables aos que se inclúen no apartado 13 do Anexo II da LCSP, xenericamente chamado “servizos de publicidade”.

Segundo o artigo 13 da citada Lei, **contrato de publicidade** é *“aquele polo que un anunciante encarga a unha axencia de publicidade, mediante unha contraprestación, a execución de publicidade e a creación, preparación ou programación desta. Cando a axencia realice creacións publicitarias, aplicaranse tamén as normas do contrato de creación publicitaria”*

Por outra banda, o artigo 17 do mesmo texto legal define o **contrato de difusión publicitaria** como *“aquele polo que, a cambio dunha contraprestación fixada en tarifas preestablecidas, un medio se obriga a favor dun anunciante ou axencia a permitir a utilización publicitaria de unidades de espazo ou tempo dispoñible e a desenvolver a actividade técnica necesaria para lograr o resultado publicitario.”*

O terceiro tipo contractual é o regulado no artigo 20, coñecido como **contrato de creación publicitaria** e definido como *"aquel polo que, a cambio dunha contraprestación, unha persoa física ou xurídica obrígase a favor dun anunciante ou axencia a idear e elaborar un proxecto de campaña publicitaria, unha parte desta ou calquera outro elemento publicitario"*.

Finalmente, o artigo 22 configura o **contrato de patrocinio publicitario** como *"aquel polo que o patrocinado, a cambio dunha axuda económica para a realización da súa actividade deportiva, benéfica, cultural, científica ou doutra índole, comprométese a colaborar na publicidade do patrocinador"*.

Á vista dos preceptos citados nos anteriores parágrafos, o suposto obxecto desta consulta parece encaixar no contrato de difusión publicitaria, posto que se trata da mera inserción nos medios de comunicación das campañas divulgativas e de información elaboradas polo Concello.

Segundo o indicado na consulta, o gabinete de comunicación municipal é o que realiza a creatividade das campañas, define a estratexia creativa en función dos obxectivos concretos que se pretendan alcanzar, adapta as campañas aos distintos soportes de comunicación, e realiza o deseño creativo de pezas de comunicación para os distintos medios (televisión, radio, prensa escrita, prensa dixital ou outras canles de comunicación).

En hipótese, se existe un Plan de medios elaborado de acordo coa regras da técnica publicitaria, no que se prevexan e se xustifique a campaña global e os varios medios de difusión idóneos para conseguir os obxectivos propostos (tendo en conta as características da poboación obxectiva da campaña, criterios de territorialización, exame dos factores cuantitativos e cualitativos que determinan utilizar ou rexeitar uns ou outros medios, distribución do orzamento por medios, valoración económica de cada alternativa, etc...), poderíase considerar fundamentado acudir a un procedemento negociado por razóns técnicas ao amparo do artigo 154 d) da LCSP, para efectuar as insercións en cada medio proposto no plan sempre que, con base neste, poida xustificarse en cada expediente de contratación con cada medio que a referida contratación é precisa para acadar os seus obxectivos. Isto é, o plan debe permitir xustificar que, por razóns técnicas derivadas do cumprimento do obxectivo de cada campaña, debe efectuarse a contratación necesariamente con ese medio.

Neste punto cumpre observar que o contrato de difusión non ten por obxecto a mera inserción desas campañas informativas en medios de comunicación, senón alcanzar que estas cheguen ao público para o que foron deseñadas con criterios de rendibilidade, polo que, nestes contratos, o prezo ofertado, o número de insercións, e mesmo a solvencia das empresas de comunicación, non son variables que cumpran o obxectivo desexado, o que esixe a necesidade de concretar previamente cales dos medios de comunicación son os máis axeitados para emitir o mensaxe e, entre eles, as empresas de comunicación que alcanzan maior número de público obxectivo ao que vai dirixido. Como ben apunta o informe 1/2005 da Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, na propia Lei Xeral de Publicidade sinálanse mecanismos para comprobar a difusión dos medios publicitarios e, en especial, as cifras de tirada e venda de publicacións periódicas.

Sentado isto, convén dicir, que non comparte este órgano a afirmación da consulta de que acudir á contratación directa é mais idóneo desde a perspectiva económica por conseguirse mellores prezos, xa que neste tipo de contratos é moi frecuente que as axencias traballen ca figura contable do “rappel” (desconto por volume de cantidade que os medios realizan ás axencias cun volume elevado de pedidos de insercións), o que lles permite ofertalas, en moitos casos, cun custo inferior ao obtido da negociación directa cos medios, feito este que debe ser tomado en consideración co fin de asegurar, en conexión co obxectivo de estabilidade orzamentaria e control de gasto á que fai referencia o artigo 1 da LCSP, una eficiente utilización dos fondos destinados á prestación do servizo.

5.- A DETERMINACIÓN DOS RECURSOS A INTERPOR CONTRA A ADXUDICACIÓN PROVISIONAL E DEFINITIVA EN CONTRATOS NON SUXEITOS A REGULACION HARMONIZADA.

1.- A vixente Lei 30/2007, de Contratos do Sector Público, non seu artigo 37, regula un recurso especial en materia de contratación, previo á interposición do contencioso administrativo e de carácter potestativo, contra os actos das Administracións Públicas e as entidades que ostenten a condición de poderes adjudicadores que de seguido se indican, referidos aos seguintes contratos:

- a) contratos harmonizados de obras, concesión de obras públicas subministración e servizos (cat. 1 a 16)
- b) todos os contratos de colaboración entre o Sector Público e o Sector Privado
- c) acordos marco suxeitos a regulación harmonizada
- d) contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II da LCSP con valor estimado igual ou superior a 193.000 euros;
- e) Contratos de xestión de servizos públicos nos que o orzamento de gastos de primeiro establecemento, sexa superior a 500.000 euros e o prazo de duración superior a cinco anos; e
- f) os contratos subvencionados a que se refire o artigo 17 da LCSP.

2.- Fóra destes supostos previstos no artigo 37 da LCSP, non atopamos na nova Lei cita algunha ao respecto do réxime de recursos aplicable aos actos resolutorios dos contratos non harmonizados, obxecto da consulta, polo que deberá acudirse ao réxime ordinario de recursos previsto na Lei 30/1992 de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común (en adiante LRJAP) e na Lei 29/1998, de 13 de xullo da Xurisdición Contencioso-Administrativa (en adiante LXCA), as que se remite a disposición final oitava da LCSP ao dispor que: “ Os procedementos regulados por esta Lei rexeranse, en primeiro termino, polos preceptos contidos nela e nas súas normas de desenvolvemento e, subsidiariamente, polos da Lei 30/1992, de 26 de novembro e normas complementarias”.

A tenor do artigo 107.1 da LRJAP, poderanse interpoñer os recursos de alzada (fronte aos actos que non poñan fin á vía administrativa - art.114 y 115) e potestativo de reposición (fronte aos actos que poñan fin á devandita vía -art.116 y 117) contra as resolucións e os actos de trámite, si estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinan a imposibilidade de continuar o procedemento, producen indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos.

No artigo 25.1 da LXCA, con referencia xa ao recurso contencioso-administrativo, se declaran actos impugnables “os actos da Administración... xa sexan definitivos ou de trámite, se estes últimos deciden directa ou indirectamente o fondo do asunto”.

3.- Como é ben sabido a polémica xurde na determinación da natureza e efectos dos actos de resolución provisional e definitiva a fin de determinar as súas posibilidades de impugnación.

Varios foron os informes doutros órganos consultivos emitidos ao respecto e non sempre concordantes (18/2008 da Junta Consultiva de Aragón, 48/2008 da Junta estatal, 2/2009 da Comisión Consultiva de Andalucía,...). A ausencia de sentenzas e xurisprudencia consolidada non favorece, tampouco, o asentamento dunha postura unívoca e así, atopamos organismos onde se está a dar pé de recurso en ambas adxudicacións (provisional e definitiva), ou só nunha delas. A maiores, a modificación das leis 30/2007, de contratos do sector público e 31/2007, sobre procedementos de contratación nos sectores do auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais para su adaptación a la normativa comunitaria, que na actualidade se está a tramitar nas Cortes, fai actualmente estéril o debate ao prever a desaparición da adxudicación provisional.

4.- Co fin de determinar a natureza dos actos das adxudicacións provisional e definitiva, entende este órgano que debemos partir da distinción clásica de “acto trámite” e “acto resolutorio”. En palabras de García de Enterría *“a distinción toma a súa base na circunstancia de que os actos se ditan no seno dun procedemento administrativo,..., nese procedemento hai unha resolución final,... e para chegar a ela ha de seguirse un iter especial, con fases distintas, con intervención de órganos e persoas diversas, con actos tamén diferentes”*.

Non parece discutible que o acto de adxudicación definitiva ten o carácter de resolución final do procedemento e, como tal, en atención ao disposto no artigo 137 da LCSP e 58 da LRJAP, debe ser notificado aos interesados con indicación dos recursos que contra ela se poden interpoñer (alzada ou potestativo de reposición según poña fin ou non á vía administrativa).

Resulta mais dubidoso determinar se a adxudicación provisional debe ser cualificada como de mero acto trámite ou como acto trámite cualificado, e isto polas seguintes razóns:

- 1.- A LCSP solo refire expresamente a posibilidade de recurso contra a adxudicación provisional nos contratos harmonizados e silencia a cuestión nos no harmonizados.
- 2.- Así mesmo, solo prevé, no tempo entre a adxudicación provisional e definitiva, unha actividade dos interesados cal é que poidan solicitar información sobre o procedemento (artigo 135 en relación co 137)

3.- Solo nos procedementos negociados e de dialogo competitivo a adxudicación provisional concreta e fixa os termos definitivos do contrato, do que se entende que no resto dos procedementos será na adxudicación definitiva onde se concreten.

4.- Resulta discutible que a propia Administración poida considerar que coa resolución provisional se estea decidindo o fondo do asunto, xa que se, se ben é un acto declarativo de dereitos, está condicionado ao cumprimento dunha serie de requisitos (como son a aportación de acreditación do cumprimento de obrigas tributarias e coa Seguridade Social, a aportación da garantía definitiva e dos documentos de aptitude ou da efectiva disposición dos medios comprometidos á execución do contrato) que negan o carácter meramente confirmatorio da adxudicación provisional xa que resta a apreciación da Administración do cumprimento ou incumprimento das acreditacións e requisitos indicados.

5.- Entende este órgano que o acto de enxuízamento das documentacións aportadas nesa fase do procedemento pode ser obxecto de impugnación por parte dos interesados, aínda que non sexan adxudicatarios, polo que considerar a adxudicación provisional como acto trámite cualificado, a efectos de presentación de recurso, conleva o risco de forzar aos interesados a interpoñelo, so pena de devenir en acto consentido e firme, nun momento procesal anterior ao acto resolutorio ou definitivo do procedemento con imposibilidade de recorrer calquera irregularidade que se produza nesa fase final.

Exposto o anterior pódese concluír que, se a Administración considera a adxudicación provisional como un acto trámite cualificado, e polo tanto fai ofrecemento de recurso contra ela en atención ao artigo 135.3 da LCSP e 58 da LRLPAC, subtrae aos interesados da posibilidade de impugnación de parte do procedemento de adxudicación, o que supón unha minoración aos seus dereitos de revisión dos actos que en nada lle beneficia, dereitos que se manteñen na súa integridade atendendo á posibilidade de recorrer contra o acto de adxudicación definitiva.

6.- Entendendo, pois, que para a Administración estamos ante un acto de trámite do procedemento, e polo tanto non susceptible de obriga de ofrecemento de recurso, débese indicar, sen embargo, que esa apreciación pode disentir da opinión do interesado que, entendendo que na determinación do adxudicatario provisional xa se lle causan prexuízos e imposibilita a continuidade do procedemento, pode interpoñer o recurso ordinario pertinente, aínda que non se lle teña ofrecido, por entender a adxudicación provisional como un acto de trámite cualificado.

CONCLUSIÓNS:

1º.- A cuestión da posible existencia de contratos menores non contratos de xestión de servizos públicos non pode ser resolta con carácter xeral, pois deberá apreciarse no caso concreto de cada actividade que teña a natureza de servizo público, se é posible a utilización deste procedemento de adxudicación directa que se caracteriza exclusivamente polo valor estimado do contrato, atendendo ó seu réxime xurídico peculiar preexistente e, en particular, atendendo á posibilidade de



calcular o indicado valor estimado. Do mesmo modo, a cuestión da posible existencia de contratos menores nos contratos administrativos especiais deberá apreciarse en cada caso concreto atendendo á posibilidade de calcular o valor estimado.

Respecto aos contratos privados, procede a posible tramitación como contrato menor, agás para aqueles que por razón do seu obxecto se rexan por normas específicas que o prohiban, suposto no que se aplicarán estas con carácter preferente.

2º.- Sobre a aplicabilidade do procedemento negociado á concertación de contratos de difusión publicitaria cos medios de maior difusión do concello entende este órgano que, coas premisas presentadas na consulta, cabe adxudicar un contrato de difusión publicitaria mediante tal procedemento por razóns técnicas ao amparo do artigo 154 d) da LCSP.

3º.- Sobre a determinación dos recursos a interpor contra a adxudicación provisional e definitiva en contratos non suxeitos a regulación harmonizada cabe indicar que, para estes contratos, na redacción actual da LCSP, só cabe sinalar ofrecemento de recurso na notificación do acto de resolución de adxudicación definitiva.

Santiago de Compostela, a 28 de xuño de 2010