



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 17 de març de 2009

Informe 12/08, de 17 de març de 2009. Contracte de concessió d'obres públiques. Obres complementàries. Capacitat i solvència de la societat concessionària

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria d'Habitatge i Obres Públiques ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

“Que en data 10 d'octubre de 2008 el conseller d'Habitatge i Obres Públiques, va ordenar l'inici de l'expedient d'obres Complementari 1. Desdoblament de la carretera C-713 d'Eivissa a Sant Antoni. Embelliment de l'accés al nucli de Sant Rafel amb un pressupost total de 688.843,32 euros.

La Mesa de Contractació per a l'adjudicació del contracte de referència es va constituir en sessió de dia 21 de novembre de 2008.

La Mesa va observar que IBISAN SOCIEDAD CONCESIONARIA SA, l'empresa contractista del contracte principal de concessió de l'obra pública Desdoblament de la carretera C-713 d'Eivissa a Sant Antoni i única empresa convidada al negociat, no compleix ni l'objecte social ni la classificació exigida al complementari. Per la qual cosa, als efectes d'adjudicar el contracte d'obra complementària de referència, es varen plantejar dubtes raonables, si és suficient tenir en compte l'objecte social i la classificació de les empreses FCC CONSTRUCCIÓN, SA, Y ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTAS DE OBRAS, SA, empreses adjudicatàries del contracte de concessió d'obra pública de l'obra principal.

Per tant, la Mesa va acordar elevar a l'òrgan de contractació la proposta de sol·licitud a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB d'informe sobre, si als efectes d'adjudicar el contracte d'obra complementària de referència, és suficient tenir en compte l'objecte social i la classificació de les empreses FCC CONSTRUCCIÓN, SA, Y ENRIQUE ORTIZ E HIJOS, CONTRATISTAS DE OBRAS, SA, empreses



adjudicatàries del contracte de concessió d'obra pública de l'obra principal, segons Resolució de la Consellera d'Obres Públiques, Habitatge i Transports de 2 d'agost de 2005, i úniques empreses accionistes de l'empresa IBISAN SOCIEDAD CONCESIONARIA SA, segons consta en l'escriptura de constitució d'aquesta, de data 11 d'agost de 2005, atorgada davant el notari de l'Il·lustre Col·legi de Balears Álvaro Delgado Truyols, amb núm. de protocol 3586.

Arribats a aquest punt, amb l'objecte de conèixer la interpretació que al respecte li mereix, i en virtut del que s'estableix en els articles 2.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, de l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, al respecte de la legitimació activa per a sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, es sol·licita informe sobre les qüestions que a continuació es plantegen:

- 1. Als efectes de poder adjudicar un contracte d'obra complementària, l'obra principal del qual és l'obra d'una concessió d'obra pública, es pot tenir en compte l'objecte social i la classificació de les empreses adjudicatàries del contracte principal de concessió d'obra pública, socis de l'empresa concessionària convidada al negociat del complementari.*
 - 2. En cas de que la primera qüestió no sigui afirmativa, com es pot articular la possibilitat d'adjudicar l'obra complementària al contractista de l'obra principal.”*
2. La secretària general de la Conselleria d'Habitatge i Obres Públiques està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic emès pels Serveis Jurídics de la Conselleria d'Habitatge i Obres Públiques, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a la possibilitat de tenir en compte l'objecte social i la classificació de les empreses sòcies de l'empresa concessionària d'una obra pública, als efectes de poder adjudicar a la societat concessionària un contracte d'obra complementària mitjançant el procediment



negociat.

En el cas que no sigui possible, es planteja la qüestió referent a com es pot articular la possibilitat d'adjudicar l'obra complementària al contractista de l'obra principal.

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics corresponents ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, sense entrar a analitzar l'*iter* administratiu de l'expedient en qüestió. No obstant això, s'ha d'indicar que, d'acord amb la disposició transitòria primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), l'expedient d'obres complementàries respecte del qual es formula la consulta s'ha de regir per les disposicions d'aquesta Llei.

2. El contracte d'obres i el contracte de concessió d'obra pública es defineixen en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis.

L'apartat 2 *b* de l'article 1.1 estableix que:

Son «contratos públicos de obras» los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una «obra» es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

L'article 1.3 disposa que:

La «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras



consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Per tant, la concessió d'obres públiques es configura com una modalitat de contracte que presenta les mateixes característiques que el contracte públic d'obres, amb la diferència que la contrapartida de les obres consisteix, bé únicament en el dret a explotar l'obra, bé en aquest dret acompanyat d'un preu.

Aquests contractes es definien en termes similars en l'article 1 de la Directiva 93/37/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació en els procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, precedent de la Directiva 2004/18/CE.

La Comunicació interpretativa de la Comissió Europea sobre les concessions en el dret comunitari, de 12 d'abril de 2000 (2000/C121/02), posa de manifest que la nota distintiva de la concessió d'obres és que atorga el dret d'explotació de l'obra com a contrapartida de la construcció d'aquesta, i que aquest dret d'explotació pot anar acompanyat d'un preu.

El dret d'explotació permet al concessionari cobrar drets a l'usuari de l'obra (per exemple, mitjançant peatges o la percepció de tarifes) durant un cert període de temps. A més, implica la transferència de la responsabilitat de l'explotació, que engloba els aspectes tècnics, financers i de gestió d'obra; és a dir, es transfereixen al concessionari els riscos inherents a l'explotació. En el cas que els poders públics assumeixin les contingències vinculades a la gestió d'una obra, assegurant, per exemple, el reemborsament del finançament, faltaria l'element del risc, i en aquest cas la Comissió considera que es tracta d'un contracte públic d'obres i no d'una concessió.

3. La Llei de contractes del sector públic, que incorpora al dret nacional la Directiva 2004/18/CE, defineix aquest tipus contractual en l'article 7, que disposa en el primer apartat que:

La concessió d'obres públiques és un contracte que té per objecte la realització pel concessionari d'algunes de les prestacions a què es refereix l'article 6 [que defineix el contracte d'obres], incloses les de restauració i reparació de construccions existents, així com la conservació i el manteniment dels elements construïts, i en què la contraprestació a favor d'aquell consisteix o bé únicament en el dret a explotar l'obra, o bé en l'esmentat dret acompanyat del de percebre'n un preu.



El règim jurídic aplicable a aquest contracte es conté en els articles 112 a 115, quant a les actuacions preparatòries, i en els articles 223 a 250 quant als efectes, el compliment i l'extinció. A més, d'acord amb l'apartat *a* de la disposició derogatòria única, encara estan vigents els articles 253 a 260, ambdós inclosos, del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), relatiu al finançament privat.

Cal recordar que el contracte de concessió d'obra pública s'havia configurat tradicionalment com un contracte mixt d'obres i de gestió de servei públic, en què les prestacions d'ambdós contractes es duen a terme successivament, i que va ser regulat amb intensitat en la Llei 13/2003, de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obra pública, que va modificar el TRLCAP per introduir el règim d'aquesta modalitat de contracte.

4. La possibilitat de dur a terme obres complementàries en un contracte de concessió d'obra pública es preveu expressament en l'article 61 de la Directiva, com també en diversos preceptes de la LCSP.

L'article 233.1 de la LCSP, sota l'epígraf *Modificació de l'obra pública*, disposa que:

L'òrgan de contractació pot acordar, quan l'interès públic ho exigeixi, la modificació de l'obra pública, si hi concorren les circumstàncies de l'article 202, com també la seva ampliació o la realització d'obres complementàries directament relacionades amb l'objecte de la concessió durant la vigència d'aquesta, i s'ha de procedir, si s'escau, a la revisió del pla economicofinançer a fi d'ajustar-lo a les noves circumstàncies.

L'article 155 *b*, sota l'epígraf *Contracte d'obres*, relatiu als casos en què les obres es poden adjudicar mitjançant procediment negociat, inclou les obres complementàries que no figurin en el projecte de concessió i el seu contracte inicial, però que a causa d'una circumstància imprevista passin a ser necessàries per executar l'obra tal com estava descrita en el projecte o en el contracte sense modificar-la, i la seva execució s'ha de confiar al contractista de l'obra principal o al concessionari de l'obra pública.

Per aplicar aquest supòsit han de concórrer també els requisits següents:

- Que les obres no es puguin separar tècnicament o econòmicament del contracte primitiu sense causar grans inconvenients a l'Administració o que,



tot i ser separables, siguin estrictament necessàries per al seu perfeccionament.

– Que l'import acumulat de les obres complementàries no superi el 50 % del preu primitiu del contracte.

Les obres complementàries que no compleixen els requisits esmentats s'han de contractar de forma independent, és a dir, mitjançant els procediments obert o restringit.

L'adjudicació d'obres complementàries al concessionari en els termes prevists en l'article 155 *b* està exclosa de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2004/18/CE, d'acord amb el seu article 61.

5. L'escrit de consulta planteja un dubte en relació amb la capacitat i la solvència de la societat concessionària en l'expedient de contractació per procediment negociat de les obres complementàries d'un contracte de concessió d'obra pública.

La regulació de la capacitat de les persones jurídiques es troba en l'article 46 de la LCSP, que disposa que:

1. Les persones jurídiques només poden ser adjudicatàries de contractes les prestacions dels quals estiguin compreses dins els fins, objecte o àmbit d'activitat que, d'acord amb els seus estatuts o regles fundacionals, els siguin propis.

2. Els qui concorrin individualment o conjuntament amb altres a la licitació d'una concessió d'obres públiques, poden fer-ho amb el compromís de constituir una societat que serà la titular de la concessió. La constitució i, si s'escau, la forma de la societat s'han d'ajustar al que estableixi, per a determinats tipus de concessions, la legislació específica corresponent.

Per tant, d'acord amb l'article 46, es produeix una dissociació entre el licitador o grup de licitadors, que resulten adjudicatàries del contracte, i la societat concessionària, que esdevé titular de la concessió.

S'ha de dir que en l'àmbit de les concessions d'obra pública és habitual que el contracte de concessió es perfeccioni amb les empreses que varen participar en la licitació i que sigui executat per una altra empresa, la societat concessionària, la qual, tot i ser diferent a les licitadores, és constituïda per aquestes. Així, la societat encarregada d'explotar la concessió és un instrument creat amb aquesta finalitat per les empreses adjudicatàries del contracte, tot això d'acord amb les



prescripcions dels plecs de clàusules administratives particulars o el document que regeixi la licitació.

Malgrat que tenen personalitat jurídica distinta, hi ha una vinculació entre si que l'ordenament jurídic té en compte. Així, l'article 250 de la LCSP, que és una transposició de l'article 63 de la Directiva 2004/18/CE, es refereix a la publicitat dels contractes d'obres que el concessionari adjudiqui a un tercer, i disposa que no tenen la consideració de "tercers" les empreses que s'han agrupat per obtenir la concessió ni les empreses vinculades a aquestes. Per tant, aquestes empreses s'equiparen al concessionari.

El dubte relatiu a l'adequació entre l'objecte social de la societat concessionària i l'objecte de l'expedient de contractació de les obres complementàries es resol de manera senzilla tenint en compte la descripció o l'explicació del que es considera obra complementària i el fet que està íntimament vinculada a l'obra principal.

Així, l'article 155 *b* de la LCSP preveu l'adjudicació al concessionari, mitjançant procediment negociat, de les obres complementàries que no figurin en el projecte de concessió i el seu contracte inicial, però que a causa d'una circumstància imprevista passin a ser **necessàries per executar l'obra tal com estava descrita en el projecte o en el contracte sense modificar-la**. És a dir, es tracta d'una obra que té com a finalitat permetre l'execució de l'obra inicialment prevista i que **precisament és l'objecte del contracte de concessió**, que no es pot separar tècnicament o econòmicament del contracte principal o que, sent separable, és estrictament necessària per al seu perfeccionament.

L'adjudicació de les obres complementàries al concessionari per procediment negociat quan concorren els requisits que preveu l'article 155 *b* sembla força coherent si tenim en compte la vinculació que hi ha entre aquestes obres i el contracte principal, i així ho ha entès el legislador en permetre expressament aquesta possibilitat.

A més, les societats concessionàries han de tenir un objecte social adequat a la naturalesa del contracte (és a dir, la construcció, la conservació, el manteniment i l'explotació de l'obra objecte del contracte de concessió, tal com succeeix en el cas que se sotmet a consulta), i, per tant, cal considerar, amb caràcter general, que l'execució d'obres complementàries que permeten acomplir la finalitat de l'obra principal està inclosa en l'objecte social de les societats concessionàries.

6. Pel que fa a la classificació empresarial exigible en els contractes de concessió



d'obra pública, tradicionalment i durant la vigència de la Llei de contractes de les administracions públiques, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda s'ha pronunciat en el sentit de no exigir-ne classificació, en concret la Junta Consultiva considera que no s'ha d'exigir classificació al concessionari que no hagi d'executar les obres. Així es constata, per exemple, en els informes 49/97 i 2/08.

Si bé és cert que no s'ha d'exigir la classificació adient al concessionari que no executi les obres directament, cal considerar que sí que s'ha d'exigir la classificació a l'empresari que executi directament les obres, amb independència de si és soci o no de la societat concessionària, tot això tenint en compte la finalitat que compleix l'exigència de classificació empresarial.

Així doncs, si bé la societat concessionària no requereix estar classificada, sí que ha d'acreditar que l'empresari que ha d'executar materialment les obres disposa de la classificació exigida en el Plec de clàusules administratives particulars. Per tant, la societat concessionària hauria de presentar un compromís d'executar les obres per mitjà de les empreses adjudicatàries del contracte principal i sòcies de la concessionària, acreditant la classificació d'aquestes, o bé per mitjà d'un tercer, que ha d'estar classificat.

Conclusió

Atesa la naturalesa de les obres complementàries d'un contracte de concessió d'obra pública i atès que la Llei en permet l'adjudicació a la societat concessionària mitjançant el procediment negociat quan concorren els requisits de l'article 155 *b*, s'ha de considerar que la societat concessionària disposa, quant a l'objecte social, de la capacitat necessària per executar el contracte. Pel que fa a la classificació empresarial, la societat concessionària no requereix estar classificada, però ha d'acreditar que l'empresari que executi materialment les obres disposa de la classificació exigida, tant si es tracta d'un soci de la concessionària com d'un tercer.