



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 29 de juny de 2015

Informe 4/2014, de 29 de juny de 2015. Interpretació dels contractes. Facultats de control de l'execució dels contractes

Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Salut ha demanat a aquesta Junta Consultiva que es doni resposta a la consulta del director general del Servei de Salut que es transcriu a continuació:
 1. En data 25 de gener de 2007, es va formalitzar el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou Hospital Universitari Son Dureta (núm. exp. SSCC CA 01/06) entre el Servei de Salut de les Illes Balears i la concessionària Hospital Son Dureta, SA.
 2. En data 15 de març de 2010, es va formalitzar el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i dos centres de salut que hi estan vinculats (núm. exp. SSCC CA 151/09) entre el Servei de Salut de les Illes Balears i la societat concessionària Gran Hospital Can Misses.
 3. El 9 d'abril de 2014, la Subdirecció d'Infraestructures i Serveis Generals sol·licita un informe jurídic sobre la tipologia de la contractació que s'havia d'aplicar a tots els expedients subjectes a les clàusules 31.13 i 29.15 dels plecs de clàusules administratives particulars dels expedients corresponents als contractes esmentats.
 4. Dia 30 d'abril de 2014, l'Assessoria Jurídica del Servei de Salut va emetre un informe en què conclou que els contractes formalitzats per la concessionària, als quals es fa referència en les clàusules 29.15 i 31.13 dels plecs de clàusules administratives particulars dels contractes esmentats abans, tenen caràcter privat, que es firmaran entre l'empresa tercera seleccionada i la concessionària i que en el procés de selecció de l'empresa per part de l'òrgan de contractació del Servei de Salut han de regir criteris objectius.



5. Dia 15 de maig de 2014, el Departament de Contractació va rebre la sol·licitud del subdirector d'Infraestructures i Serveis Generals perquè s'elevi consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB perquè, si s'escau, es ratifiquin les conclusions de l'informe del Departament Jurídic de 30 d'abril de 2014.

Les clàusules objecte d'anàlisi d'ambdós contractes són les següents:

1. El punt 15 de la clàusula 29 (obligacions del concessionari) del plec de clàusules particulars (PCAP, d'ara endavant) del contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou Hospital Universitari Son Dureta, sota la rúbrica "Oficina de Gestión de Proyecto y Plan de comunicación", preveu el següent:

"1. El concesionario estará obligado a contratar con una o varias empresas, previamente seleccionadas por el órgano de contratación, la gestión específica del proyecto de construcción y explotación del nuevo hospital de referencia de las Illes Balears, asumiendo su coste durante toda la vigencia del contrato.

Sin perjuicio de cualesquiera otras que le sean atribuidas expresamente por el propio órgano de contratación, corresponderá a la oficina de gestión de proyecto las siguientes funciones:

- a) Planificación, supervisión y control del desarrollo del proyecto.
- b) Definición de la estrategia de comunicación a los agentes involucrados.
- c) Gestión de riesgos y gestión del cambio.
- d) Supervisión del cumplimiento de los aspectos jurídicos y contractuales.

2. Durante la fase de construcción, el concesionario deberá elaborar y desarrollar un Plan de Comunicación destinado a promover y divulgar las características del proyecto de construcción y explotación del nuevo hospital de referencia de las Illes Balears, aprobado por la Administración.

3. El importe de los costes correspondientes a la oficina de gestión del proyecto y al diseño y ejecución del mencionado Plan de Comunicación, que serán asumidos por el concesionario, no podrá superar el 5% del Presupuesto de Ejecución Material descrito en el Proyecto de Construcción."

2. El punt 13 de la clàusula 31 (obligacions del concessionari) del PCAP del contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i dos centres de salut que hi estan vinculats, sota la rúbrica "Oficina de Gestión de Proyecto y Plan de Comunicación" preveu que:



“1. El concesionario estará obligado a contratar con una o varias empresas, previamente seleccionadas por el órgano de contratación, la gestión específica del proyecto de construcción y explotación de las nuevas infraestructuras sanitarias objeto del presente contrato, asumiendo su coste durante toda la vigencia del contrato.

2. La empresa o empresas seleccionadas formarán parte de la Oficina de Gestión del Proyecto a la que, sin perjuicio de cualesquiera otras que le sean atribuidas expresamente por el propio órgano de contratación, le corresponderá las siguientes funciones:

- a) Las asignadas a la Oficina de Gestión del Proyecto de Construcción, de acuerdo con la cláusula 39 del presente Pliego.
- b) Definición de la estrategia de comunicación a los agentes involucrados.
- c) Gestión de riesgos y gestión del cambio.
- d) Supervisión del cumplimiento de los aspectos jurídicos y contractuales.

3. Durante la fase de construcción, el Ib-Salut deberá elaborar y desarrollar un Plan de Comunicación destinado a promover y divulgar las características del proyecto de construcción y explotación de las nuevas infraestructuras sanitarias.

4. El importe de los costes correspondientes a la Oficina de Gestión del Proyecto y al diseño y ejecución del mencionado Plan de Comunicación, que serán asumidos por el concesionario, no podrá superar el 8,32% del Presupuesto de Ejecución por Contrata de las obras descrito en los Proyectos de Construcción.

El concesionario asumirá, asimismo, los gastos correspondientes al control de calidad de las obras de construcción, que no superarán el 3% del Presupuesto de Ejecución por Contrata de las obras descrito en los Proyectos de Construcción.

En todo caso, el concesionario vendrá obligado a efectuar los pagos correspondientes a la Oficina de Gestión del Proyecto en el plazo de 30 días, una vez validada y aceptada la factura por la Administración.”

Les qüestions que es plantegen són les següents:

1. En l'execució de les clàusules citades, el contracte que s'ha de formalitzar té caràcter privat perquè es considera que l'han de signar el concessionari i l'empresa seleccionada, o es tracta d'un contracte administratiu que ha de signar l'òrgan de contractació del Servei de Salut amb l'empresa seleccionada?

2. En cas que es consideri que és un contracte privat entre el concessionari i l'empresa, quins criteris i procediment ha de seguir en la selecció de les



empreses l'òrgan de contractació? Hi ha subjecció a la normativa en matèria de contractació pública?

2. La secretària general de la Conselleria de Salut està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions relacionades amb la interpretació de la clàusula 29.15 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou Hospital Universitari Son Dureta, i de la clàusula 31.13 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i dos centres de salut que hi estan vinculats, que preveuen que el concessionari contracti amb una o diverses empreses la gestió del projecte de construcció i explotació dels nous hospitals i infraestructures sanitàries, i que s'han d'integrar en una unitat denominada "Oficina de Gestió del Projecte".

La primera qüestió fa referència a si, d'acord amb el que preveuen aquestes clàusules, la contractació d'aquestes empreses correspon al Servei de Salut de les Illes Balears o si correspon al concessionari, i si, en conseqüència, els contractes que s'han de subscriure són contractes administratius o privats; és a dir, si estan inclosos o no hi estan en l'àmbit objectiu d'aplicació de la normativa en matèria de contractació.

En cas que es consideri que aquesta contractació correspon al concessionari, es planteja una segona qüestió sobre els criteris i el procediment que ha de seguir l'òrgan de contractació per dur a terme la selecció prèvia de les empreses a què es refereixen ambdós plecs, i si l'òrgan de contractació s'ha de sotmetre a la normativa en matèria de contractació pública.

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 servir per ratificar-ne el contingut, ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública —i no els plecs de clàusules administratives particulars que regeixen procediments de contractació concrets— en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

Per tant, la interpretació dels plecs de clàusules administratives particulars que regeixen procediments de contractació concrets no correspon a la Junta Consultiva, sinó que correspon a l'òrgan de contractació, atès que és una de les seves prerrogatives.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, sense entrar a analitzar detalladament les clàusules dels plecs de clàusules administratives particulars a què es refereix la consulta, tot i que poden servir per resoldre els dubtes que es plantegen.

2. Les qüestions plantejades es refereixen a la interpretació de sengles clàusules dels plecs de clàusules administratives particulars que regeixen els contractes de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou Hospital Universitari Son Dureta, i també del nou complex assistencial de Can Misses i dos centres de salut que hi estan vinculats.

Com ja hem dit, correspon a l'òrgan de contractació i no a la Junta Consultiva interpretar els contractes. Així, l'article 210 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), estableix que l'òrgan de contractació té la prerrogativa d'interpretar els contractes administratius.

Aquesta previsió legal s'ha incorporat en les clàusules dels plecs objecte de consulta, que preveuen que correspon a l'òrgan de contractació interpretar i resoldre els dubtes que ofereixi el compliment de les clàusules del plec de clàusules administratives particulars, del plec de prescripcions tècniques i del contracte, d'acord amb la normativa de contractació aplicable.

Quant al contingut i l'abast de la prerrogativa d'interpretació dels contractes, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 10 de febrer de 1999, va manifestar que l'abast de la facultat interpretativa no és altre que trobar el sentit i el contingut



vertaders a les clàusules a què se sotmeten les parts, sens perjudici de l'aplicació supletòria de les regles que estableixen amb caràcter general l'article 1281 i els següents del Codi civil.

El fonament d'aquesta potestat és evitar que les possibles discrepàncies entre l'Administració contractant i l'empresari esdevinguin un perjudici per a l'interès públic. Aquest perjudici es podria donar si, una vegada que s'haguessin advertit les discrepàncies, s'hagués de suspendre l'execució d'una obra o la prestació d'un servei fins que el jutge competent dirimís la controvèrsia.

Cal recordar que per interpretar les clàusules dels contractes, i també les dels plecs —que en formen part—, s'han de tenir en compte, a més de les previsions del TRLCSP, els criteris interpretatius de les clàusules dels contractes que s'estableixen en l'article 1281 i els següents del Codi civil.

D'acord amb aquests articles, preval la interpretació literal i, per tant, si els termes estan clars i no hi ha dubte sobre la intenció de les parts, cal atènyer-se a la literalitat de la clàusula.

Quant a les clàusules obscures o ambigües, l'article 1288 disposa que la seva interpretació no pot afavorir la part que hagi ocasionat l'obscuritat. Aquesta Junta Consultiva es va pronunciar sobre la interpretació d'aquest tipus de clàusules en l'Informe 1/2014, de 28 de febrer, concretament en la consideració jurídica quarta, al qual ens remetem.

En definitiva, correspon a l'òrgan de contractació —i no a la Junta Consultiva— fer la reflexió oportuna sobre allò que va establir en els plecs, atès que l'òrgan de contractació és qui té la prerrogativa d'interpretar els contractes i qui coneix el contingut del negoci jurídic concret i la finalitat de les clàusules dels plecs.

3. Vegem ara el contingut de les clàusules objecte de la consulta.

La clàusula 29.15 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou Hospital Universitari Son Dureta, sota l'epígraf "Oficina de Gestión de Proyecto y plan de comunicación", preveu el següent:

1. El concesionario estará obligado a contratar con una o varias empresas, previamente seleccionadas por el órgano de contratación, la gestión específica del proyecto de construcción y explotación del Nuevo Hospital



Universitario Son Dureta, asumiendo su coste durante toda la vigencia del contrato.

Sin perjuicio de cualesquiera otras que le sean atribuidas expresamente por el propio órgano de contratación, corresponderá a la oficina de gestión de proyecto las siguientes funciones:

- a) Planificación, supervisión y control del desarrollo del proyecto.
- b) Definición de la estrategia de comunicación a los agentes involucrados.
- c) Gestión de riesgos y gestión del cambio.
- d) Supervisión del cumplimiento de los aspectos jurídicos y contractuales.

2. Durante la fase de construcción, el concesionario deberá elaborar y desarrollar un Plan de Comunicación destinado a promover y divulgar las características del proyecto de construcción y explotación del Nuevo Hospital Universitario Son Dureta, aprobado por la Administración.

3. El importe de los costes correspondientes a la oficina de gestión del proyecto y al diseño y ejecución del mencionado Plan de Comunicación, que serán asumidos por el concesionario, no podrá superar el 5% del Presupuesto de Ejecución Material descrito en el Proyecto de Construcción.

Aquest plec no conté altres previsions en relació amb les funcions de l'Oficina de Gestió del Projecte.

La clàusula 31.13 del plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses i dos centres de salut que hi estan vinculats, sota l'epígraf "Oficina de Gestión de Proyecto y Plan de Comunicación", preveu que:

1. El concesionario estará obligado a contratar con una o varias empresas, previamente seleccionadas por el órgano de contratación, la gestión específica del proyecto de construcción y explotación de las nuevas infraestructuras sanitarias objeto del presente contrato, asumiendo su coste durante toda la vigencia del contrato.

2. La empresa o empresas seleccionadas formarán parte de la Oficina de Gestión del Proyecto a la que, sin perjuicio de cualesquiera otras que le sean atribuidas expresamente por el propio órgano de contratación, le corresponderá las siguientes funciones:

- a) Las asignadas a la Oficina de Gestión del Proyecto de Construcción, de acuerdo con la cláusula 39 del presente Pliego.
- b) Definición de la estrategia de comunicación a los agentes involucrados.



- c) Gestión de riesgos y gestión del cambio.
- d) Supervisión del cumplimiento de los aspectos jurídicos y contractuales.

3. Durante la fase de construcción, el Ib-Salut deberá elaborar y desarrollar un Plan de Comunicación destinado a promover y divulgar las características del proyecto de construcción y explotación de las nuevas infraestructuras sanitarias.

4. El importe de los costes correspondientes a la Oficina de Gestión del Proyecto y al diseño y ejecución del mencionado Plan de Comunicación, que serán asumidos por el concesionario, no podrá superar el 8,32% del Presupuesto de Ejecución por Contrata de las obras descrito en los Proyectos de Construcción.

El concesionario asumirá, asimismo, los gastos correspondientes al control de calidad de las obras de construcción, que no superarán el 3% del Presupuesto de Ejecución por Contrata de las obras descrito en los Proyectos de Construcción.

En todo caso, el concesionario vendrá obligado a efectuar los pagos correspondientes a la Oficina de Gestión del Proyecto en el plazo de 30 días, una vez validada y aceptada la factura por la Administración.

Aquest plec tampoc no conté altres previsions en relació amb les funcions de l'Oficina de Gestió del Projecte, però sí es refereix a les funcions i la configuració de l'Oficina de Gestió del Projecte de Construcció a què es refereix l'apartat 2 a d'aquesta clàusula, que s'integra en l'Oficina de Gestió del Projecte i que té com a funció principal comprovar que les obres s'executen conforme als projectes de construcció aprovats per l'Administració.

S'ha de dir que els plecs objecte de consulta atribueixen a l'Oficina de Gestió del Projecte la supervisió i el control dels projectes respectius, i també atribueixen a l'Administració, en les clàusules 31 i 33, respectivament, com una de les prerrogatives que té, les funcions d'inspecció, vigilància i control del compliment de les obligacions del concessionari, facultat que, segons s'indica, ha d'exercir per mitjà del director facultatiu d'obra, en el cas del plec referent al nou Hospital Universitari Son Dureta, i per mitjà de l'Oficina de Gestió del Projecte de Construcció, en el cas del plec referent al complex assistencial de Can Misses.

En vista d'això, sembla que l'Oficina de Gestió del Projecte es configura com un òrgan administratiu o una unitat administrativa que actua sota la direcció de l'òrgan de contractació i que exerceix, entre d'altres i principalment, funcions de supervisió i control de l'execució del contracte.



Això es desprèn de diverses previsions dels plecs, com ara, en el cas del contracte de concessió d'obra pública per a la construcció, conservació i explotació del nou complex assistencial de Can Misses, l'enumeració de les seves funcions; que la validació i l'acceptació de les factures relatives a l'Oficina correspongui a l'Administració, però les hagi de pagar el concessionari; que s'atribueixi a l'Oficina de Gestió del Projecte de Construcció —que està integrada en l'Oficina de Gestió del Projecte— la comprovació que les obres s'executen conforme als projectes de construcció aprovats per l'Administració i la supervisió del compliment dels aspectes jurídics i contractuals, i, finalment, que el director de l'Oficina de gestió del projecte de construcció actuï en representació de l'Administració i tenguí atribuïda la signatura de les actes de comprovació del replantejament i de comprovació de les obres.

A més, ambdós plecs, en les clàusules objecte de consulta, preveuen la possibilitat que, a més de les funcions que s'hi especifiquen, l'òrgan de contractació pugui atribuir altres funcions a l'Oficina de Gestió del Projecte, fet que reforça la idea que és l'òrgan de contractació el que la dirigeix.

En definitiva, tot i la parquedat del plec referent al nou Hospital Universitari Son Dureta, el fet que en ambdós plecs s'atribueixin a l'Oficina de Gestió del Projecte les funcions de planificació, supervisió i control del desenvolupament del projecte i de supervisió del compliment dels aspectes jurídics i contractuals, a més d'altres que li pugui atribuir l'òrgan de contractació, duu a pensar que aquesta Oficina es configura com un òrgan administratiu o una unitat administrativa que, com ja hem dit, actua sota la direcció de l'òrgan de contractació.

S'ha de dir que la configuració de l'Oficina de Gestió del Projecte que resulta de la redacció de les clàusules dels plecs objecte de consulta, que es pot considerar ambigua, planteja diversos interrogants relacionats amb qüestions com ara si l'Oficina és l'única unitat administrativa que té encomandes aquestes funcions o si n'hi ha una altra, quin és l'abast de les funcions de l'Oficina, quin tipus de personal integra aquesta Oficina, quin n'és el funcionament, qui la dirigeix realment, quins costos relacionats amb l'Oficina ha d'assumir exactament el concessionari o com es materialitza la participació de les empreses que ha de contractar el concessionari.

4. El TRLCSP, com la normativa anterior, atorga una sèrie de facultats a l'Administració amb la finalitat d'assegurar el compliment, per part del



contractista, de les condicions establertes en els plecs que regeixen el contracte com també en la seva oferta.

En la fase d'execució del contracte cal destacar, especialment, la facultat de direcció, supervisió o inspecció de l'execució del contracte. Concretament, l'article 249 del TRLCSP enumera les prerrogatives i els drets de l'Administració en els contractes de concessió d'obra pública, entre els quals destaca la facultat de vigilar i controlar el compliment de les obligacions del concessionari i indica que a aquest efecte pot inspeccionar el servei, les seves obres, instal·lacions i locals, com també la documentació, relacionats amb l'objecte de la concessió.

L'article 52 del TRLCSP atorga a l'òrgan de contractació la facultat de designar un responsable del contracte al qual correspon supervisar-ne l'execució i adoptar les decisions i dictar les instruccions necessàries amb la finalitat d'assegurar la realització correcta de la prestació pactada, dins l'àmbit de facultats que li atribueixi l'òrgan de contractació. El responsable del contracte pot ser una persona física o jurídica, vinculada a l'ens, organisme o entitat contractant o aliena a ell. En el cas dels contractes d'obres, les facultats del responsable s'han d'entendre sens perjudici de les que corresponen al director facultatiu de l'obra.

El Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, disposa en l'article 94, sota l'epígraf "Direcció i inspecció de l'execució", que la direcció, la inspecció i el control de l'execució dels contractes correspon a l'òrgan de contractació, i que els plecs de clàusules administratives particulars han d'establir la manera com s'ha d'exercir aquesta potestat administrativa.

Així, el Reglament configura la direcció de l'execució del contracte com una potestat administrativa discrecional atribuïda a l'òrgan de contractació, el qual pot decidir lliurement quina és la persona més indicada per assumir les funcions de direcció del contracte.

En conseqüència, és l'òrgan de contractació qui ha de designar, atenent a les circumstàncies i les particularitats de cada expedient, amb la finalitat d'assegurar l'execució correcta del contracte, la persona més adient —ja sigui de la mateixa Administració o una persona aliena— per exercir la funció de direcció de l'execució del contracte, tot això sens perjudici de les funcions legalment reservades al director de l'obra en el contracte d'obres.

La justificació de l'existència de la facultat de control de l'Administració es troba



en la finalitat que es pretén aconseguir amb allò que és objecte de contractació, que és, en tot cas, la satisfacció d'un interès públic. Per tant, l'execució de la prestació ha d'estar subjecta al control de l'Administració a fi de garantir que el contracte es compleix amb el màxim respecte a la legalitat vigent i procurant la plena satisfacció de l'interès general.

L'apartat 2 de l'article 56 del TRLCSP, sota l'epígraf "Condicions especials de compatibilitat", disposa que:

Els contractes que tinguin per objecte la vigilància, la supervisió, el control i la direcció de l'execució d'obres i instal·lacions no es poden adjudicar a les mateixes empreses adjudicatàries dels contractes d'obres corresponents, ni a les empreses vinculades a aquestes, entenent com a tals les que es trobin en algun dels supòsits que preveu l'article 42 del Codi de comerç.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat es va pronunciar en l'Informe 2/2008, de 28 de juliol, sobre l'assumpció del cost de la direcció d'una obra i sobre la possibilitat que el concessionari assumeixi el control de l'execució de les obres. En concret, va manifestar que:

el coste que implique la dirección de la obra lo asumirá la Administración y no el contratista, tal y como ha señalado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa reiteradamente en Informes 01/03 o 26/04, entre otros. En dichos informes se llega a la conclusión de que la cláusula de un contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula por contradecir el artículo 11.2.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este artículo, aunque no reproducido literalmente en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, puede encontrarse incorporado a través de la exigencia que prevé el artículo 93.3, párrafo segundo y 32 c) de la misma.

Cuarta: Por último, se consulta si el concesionario puede asumir el control de la ejecución de las obras. El artículo 197.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas disponía que los contratos de consultoría y asistencia que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, salvo que los pliegos dispongan expresa y justificadamente lo contrario, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras ni a las empresas a éstas vinculadas. Este precepto, ha sido recogido en la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que debe considerarse plenamente en vigor su contenido. En efecto, el artículo 45.2 de la mencionada Ley dispone que "los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e



instalaciones no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Ello, no hace sino consagrar la idea de que las razones que impusieron esta cautela en la anterior Ley subsisten en la actualidad. En consecuencia, el mantenimiento que la Ley actual hace en relación con la prohibición anterior, y que trata como un supuesto [de] incompatibilidad especial, debe interpretarse, como voluntad de no permitir que la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones sea efectuada por el mismo adjudicatario de las obras o entidad a él vinculada, es decir como consagración de lo obvio que resulta el hecho de que el control y vigilancia de las obras no puede ser llevado a cabo por la misma empresa que las ejecuta.

Este principio, sin embargo, debe matizarse en relación con la ejecución de obras contemplada en una concesión de obra pública, pues en estos supuestos la Ley contempla expresamente la posibilidad de que la ejecución de las obras pueda encomendarse a terceros en cuyo caso, “corresponde al concesionario el control de la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación. Éste podrá en cualquier momento recabar información sobre la marcha de las obras y girar a las mismas las visitas de inspección que estime oportunas. El concesionario será responsable ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y responsable asimismo único frente a éstos de las mismas consecuencias” (art. 224 de la LCSP).

Se desprende de lo anterior que cuando la ejecución de las obras se encomiende a un tercero, el control (se entiende que control, supervisión, vigilancia y dirección) de las obras corresponde al concesionario, quien, evidentemente podrá encomendarlo a otra entidad aún cuando esté vinculada a él. Esta posibilidad, sin embargo, queda limitada en primer lugar por el hecho de que en el control de las obras deberá adaptarse al plan aprobado por el órgano de contratación; en segundo lugar, porque las obras quedarán sujetas a la inspección y control del órgano de contratación quien a este efecto podrá girar las visitas de inspección que estime oportunas; finalmente, porque el concesionario será ante el órgano de contratación el único responsable de las consecuencias derivadas de la ejecución de las obras.

Per tant, pel que fa al cost de la direcció d'una obra, la Junta Consultiva afirma que, com ja havia manifestat en informes anteriors, l'ha d'assumir l'Administració i no el contractista.



Concretament, en l'Informe 56/2004, de 12 de novembre, va manifestar que:

En cuanto a los primeros –gastos de dirección de obra- la cuestión ha sido abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio y 23 de diciembre de 1999, de 28 de febrero de 2003 y de 7 de junio de 2004 (expedientes 26/99, 51/99, 1/03 y 26/04), utilizando los dos últimos citados las siguientes palabras:

“La cuestión de la financiación por el contratista de los honorarios de un contrato de dirección de obras fue abordada por esta Junta en sus informes de 30 de junio, y de 23 diciembre de 1999 (expedientes 26/99 y 51/99) ambos emitidos a solicitud del Presidente de la Diputación de Burgos.

En dichos informes se llegaba a la conclusión de que la cláusula de un contrato que supone que la financiación del contrato de dirección de obras, la lleva a cabo el adjudicatario del contrato de obras, debe considerarse nula por contradecir el artículo 11.2 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y dicha conclusión debe reiterarse en el presente caso afirmando que los gastos de dirección del Técnico de Director de la obra, tiene que asumirlos la Administración, bien a través de sus propios técnicos, bien mediante el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, sin que dichos gastos puedan, en consecuencia, considerarse incluidos en el concepto de gastos generales del presupuesto de la obra, ni pretender sean satisfechos por el adjudicatario del contrato de obras mediante incremento del precio del contrato.

[...] Adviértase en tal sentido que toda la actuación que desarrolla el director de obra regulada en la Ley y en el Reglamento está dirigida a cumplir su función como representante de la Administración, no como empleado del contratista.”

Per tant, la Junta Consultiva s'ha mostrat contrària al fet que diverses despeses derivades del contracte relacionades amb les facultats de control de l'Administració siguin abonades pel contractista, en lloc de ser abonades directament per l'òrgan de contractació amb càrrec al seu propi pressupost.

I, pel que fa a la possibilitat que el concessionari assumeixi el control de l'execució de les obres, la Junta Consultiva afirma que el concessionari només pot assumir la direcció, el control, la supervisió i la vigilància de l'execució de les obres que encomani a un tercer, però no de les que executi ell mateix.

Així doncs, si és lògic que el concessionari no pugui assumir la direcció, el control, la supervisió i la vigilància de l'execució de les obres que ell mateix



executa, també ho és que no pugui assumir aquestes facultats respecte de la fase de conservació i explotació de l'obra.

Tot i que el cas objecte de la consulta no és exactament aquest —el cas que el concessionari assumeixi el control de l'execució de les obres— s'hi assembla molt, atès que en les clàusules dels plecs s'estableix que és el concessionari qui ha de contractar amb una o diverses empreses la gestió específica del projecte de construcció i explotació de les infraestructures —gestió que, com ja hem dit, té un contingut ambigu però sembla referir-se principalment al control de l'execució del contracte—, mentre que, en pura lògica i d'acord amb les característiques inherents a les facultats de control i amb la normativa ja esmentada, aquestes facultats haurien de correspondre a l'òrgan de contractació. A fi de garantir l'objectivitat, aquestes facultats no les hauria d'exercir el concessionari ni cap altra empresa que ell contracti.

Certament, l'establiment d'una prevenció com la relativa a la intervenció, tan ambigua, de l'òrgan de contractació en la selecció de les empreses, no és suficient per entendre superats els possibles problemes de compatibilitat que plantegen aquestes clàusules —i que precisament es pretenen evitar amb el que estableix l'article 56 del TRLCSP—, i les incoherències dels plecs, que, sens dubte, plantegen una situació atípica que distorsiona les relacions entre les parts.

De fet, en relació amb la previsió que el Servei de Salut de les Illes Balears seleccioni prèviament l'empresa o les empreses que ha de contractar el concessionari per dur a terme la gestió del projecte de construcció i explotació, s'ha de dir que la normativa en matèria de contractació pública no preveu la possibilitat que l'Administració actuï com a intermediària entre dues empreses privades, ni regula procediments de contractació en els quals l'Administració faci la selecció d'una empresa però posteriorment no sigui una de les parts de la relació jurídica.

Per tant, pel que fa a la cessió de facultats de control i a la mediació administrativa prèvia, les clàusules objecte de la consulta no tenen un fonament legal adequat ni, encara que el Servei de Salut de les Illes Balears consideràs que responen al principi de llibertat de pactes, contenen una regulació clara i suficient per aplicar-les en els seus termes. Precisament, la consulta que ara es planteja evidencia la dificultat de comprensió i d'aplicació d'aquestes clàusules.

És oportú i molt convenient recordar la importància de la fase de preparació dels contractes, concretament pel que fa a la necessitat de redactar els plecs amb



claredat i rigor, i de reflexionar sobre les clàusules que s'hi incorporen —no només les relatives a l'adjudicació, sinó també les relatives a l'execució del contracte— a fi d'evitar situacions com aquesta, en què l'òrgan de contractació, que és qui ha dissenyat la licitació i ha aprovat els plecs, té dubtes respecte del contingut o les conseqüències de les clàusules que va establir.

5. Com a corol·lari del conjunt de reflexions que s'han fet fins ara, i sens perjudici que, com ja s'ha dit en la consideració jurídica segona, la configuració de l'Oficina de Gestió del Projecte, que pot considerar-se ambigua, planteja diversos interrogants, i que aquesta Junta Consultiva no disposa de tota la informació sobre com s'organitza o instrumenta el control de l'execució d'aquests contractes ni sobre quin és l'objecte concret dels contractes a què es refereixen les clàusules, s'observa que els plecs de clàusules administratives particulars objecte de consulta atribueixen a l'Oficina de Gestió del Projecte funcions de supervisió i control del desenvolupament del projecte que corresponen a l'òrgan de contractació.

En conseqüència, en vista de la durada i la complexitat d'aquests contractes i atès que sembla que l'Oficina es configura o s'hauria de configurar com un òrgan o una unitat administrativa del Servei de Salut de les Illes Balears, que els serveis que han de prestar les empreses que, d'acord amb la previsió dels plecs, ha de contractar el concessionari estan relacionats amb el control de l'execució del contracte, i que el destinatari últim d'aquests serveis és realment el Servei de Salut de les Illes Balears, s'hauria de considerar que, en puritat, és l'òrgan de contractació —i no, per tant, el concessionari— qui, d'acord amb la normativa en matèria de contractació pública, hauria de contractar l'empresa o les empreses que hagin de dur a terme aquestes funcions o hi hagin de col·laborar per dur-les a terme.