

**Informe 02/08, de 28 de julio de 2008. «Concesión de obras públicas. Competencia en la tramitación de los estudios de viabilidad. No exigencia de clasificación. Responsabilidad de la construcción de la explotación de las obras objeto de la concesión».**

Clasificaciones de los informes: 9.5 Clasificación de las empresas. Exclusión del requisito de clasificación previa de las empresas. 21.4. Contratos de obras. Concesión de obras públicas.

**ANTECEDENTES**

El Alcalde del Ayuntamiento de Colindres en calidad de Presidente del Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente texto:

*«Los Ayuntamientos de Val de San Vicente, Colindres, Ribamontán al Mar, Torrelavega y Marina de Cudeyo han firmado un convenio de colaboración para la construcción y explotación de piscinas e instalaciones complementarias en dichos municipios, todas ellas de uso público. Para la gestión del Convenio se ha creado el Consorcio denominado "Infraestructuras Deportivas de Cantabria" con personalidad jurídica propia y distinta de las entidades consorciadas y con plena capacidad de obrar para la realización de sus fines. Este Consorcio se rige por sus Estatutos cuya copia se adjunta. En dichos Estatutos se determinan los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero, estando los órganos de decisión del mismo integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fija.*

*La constitución, régimen jurídico y extinción de este Consorcio se rige por el derecho público, ajustándose a lo previsto en sus Estatutos y en su defecto a lo establecido en la legislación de Régimen Local vigente.*

*Los fines del Consorcio de acuerdo a lo establecido en sus Estatutos son la construcción y explotación de piscinas e instalaciones complementarias en los municipios de Val de San Vicente, Colindres, Ribamontán al Mar, Torrelavega y Marina de Cudeyo, todas ellas de uso público.*

*Entre las atribuciones fijadas para el Consorcio figuran la de determinar, ordenar y desarrollar los instrumentos, mecanismos y fórmulas de construcción y gestión de las instalaciones deportivas objeto de su actividad y la ejecución, directamente o mediante terceros, de las obras y la obtención de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras.*

*En cumplimiento de lo establecido en los Estatutos, el Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria va a proceder a convocar la licitación de la Concesión de Obra Pública para la construcción de cinco piscinas municipales en los Ayuntamientos de Colindres, Marina de Cudeyo, Ribamontán al Mar, Torrelavega y Val de San Vicente ( Cantabria ) y la posterior gestión y mantenimiento del servicio.*

*Los proyectos de obra para la construcción de las piscinas e instalaciones deportivas a realizar en cada municipio ya han sido elaborados por cada uno de los Ayuntamientos consorciados con anterioridad, pero no así los estudios de viabilidad que aún han de ser elaborados y sometidos a la tramitación prevista en el artículo 227 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.*

*Es oportuno traer a colación que los proyectos de construcción habían sido ya elaborados por los Ayuntamientos con anterioridad a la firma del convenio y la decisión de constituirse en consorcio para la ejecución de los mismos.*

*Considerando que nos podemos encontrar ante un supuesto regulado en el artículo 220 y siguientes del citado Texto Refundido se plantean diversas dudas con relación a la tramitación de este expediente de concesión de obra pública.*

*Por ello, esta Presidencia al amparo de lo prevenido en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con relación a las siguientes cuestiones*

*1.- Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 222 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación a la iniciativa de otras administraciones para promover la*

*licitación de posibles concesiones de obra pública y considerando los antecedentes expuestos en esta consulta en cuanto al objeto y régimen de la concesión ¿a quién le corresponde la tramitación de los estudios de viabilidad una vez redactados de conformidad con lo establecido en el artículo 227, apartado 2 del Texto Refundido? ¿Puede considerarse que el Consorcio es la entidad que debe someterlos a información pública, una vez que hayan sido aprobados por el órgano competente de cada uno de los Ayuntamientos consorciados? En relación a lo dispuesto en el artículo 229, ¿ debe aplicarse este mismo criterio de competencia a la tramitación de los proyectos de obras que ya han sido elaborados y aprobados por los Ayuntamientos que integran el Consorcio?*

*2.- Considerando la remisión establecida en el artículo 232 del Texto Refundido a los requisitos de capacidad y solvencia económica, financiera y técnica previstos en los artículos 15, 16 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ¿es aplicable para el órgano de contratación en este supuesto, la exigencia de la clasificación del contratista como medio de acreditación de la solvencia?*

*3.- Con relación a los costes de la dirección de las obras y de la coordinación de Seguridad y Salud, ¿quien debe asumir los honorarios técnicos y facultativos que sean necesarios para la ejecución del contrato de concesión de obra pública? ¿Puede el concesionario asumir el control de la ejecución de las obras?».*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. Aún cuando el texto de la consulta se refiere a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas en todo momento, habida cuenta de que la Ley de Contratos del Sector Público ha entrado en vigor en la fecha de emisión del presente informe, las referencias a la primera de las citadas leyes se sustituirán por la correspondiente cita de la segunda.

En primer lugar se consulta a quién corresponde la tramitación de los estudios de viabilidad una vez redactados. En este sentido el artículo 112.1 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma. Entiende esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que este órgano, en el caso que nos ocupa, sería el Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria. De acuerdo con sus Estatutos el Consorcio goza de personalidad jurídica propia y distinta de las entidades consorciadas, con plena capacidad de obrar para la realización de sus fines, entre los que figura la construcción de piscinas e instalaciones complementarias en los municipios correspondientes, además de que figuran entre sus atribuciones la ejecución, directamente o mediante terceros, de las obras. De lo anterior se deduce que le corresponde al Consorcio acordar los estudios de viabilidad y, por ende, su tramitación, entendiéndose por esta última los trámites que se especifican en el art. 112, apartados tercero y siguientes.

De lo anterior sigue que el Consorcio es la entidad que debe someter los estudios de viabilidad a información pública.

El Consorcio asimismo habrá de asumir la realización de los trámites que especifica el artículo 113 apartados 3 y 4 de la Ley de Contratos del Sector Público, que resultan de aplicación a los proyectos de obras por remisión del artículo 114.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. En respuesta a la segunda pregunta procede indicar que no será exigible clasificación alguna en este caso por tratarse de un contrato de concesión de obra pública y, ello, aunque incorpore un contrato de ejecución de obra. En tal sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva en el informe 49/97 a cuyo texto nos remitimos.

3. En lo que respecta a la tercera cuestión, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de acuerdo con el cual, la construcción y la explotación de las obras objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del con-cesionario, quién asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance

establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente.

Ahora bien, 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 mis-mas 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 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, por que el concesionario será ante el órgano de contratación el único responsable de las consecuencias derivadas de la ejecución de las obras.

#### **CONCLUSIONES.**

1. La elaboración del estudio de viabilidad que debe proceder al otorgamiento de una concesión de obra pública debe ser realizado en el presente caso por el Consorcio de Infraestructuras Deportivas de Cantabria.

2. No procede la exigencia de clasificación a la persona o entidad que resulte adjudicataria de la concesión, aún cuando se contemple la ejecución de una obra.

3. En el pliego de cláusulas de la concesión no podrán incluirse como a cargo del adjudicatario los honorarios de redacción del proyecto.

4. La dirección, control, supervisión y vigilancia de la ejecución de las obras no podrá ser efectuada por el propio concesionario respecto de aquellas obras que él mismo ejecute, pero sí respecto de las que encomiende a un tercero, si bien en tal caso con los requisitos y condiciones del artículo