

ASUNTO: *"Sobre posibilidad ejecución de obras por concesionario".*

1451/22

FCG

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/a del Ayuntamiento de _____, se emite el presente

INFORME

I. ANTECEDENTES

La documentación aportada por el Ayuntamiento obrante en el expediente de su razón.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las sucesivas normas de contratación administrativa han venido regulando la posibilidad de que los concesionarios de servicios públicos puedan ejecutar obras afectas o relacionadas con el servicio concesionado:

Artículo 71 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado: ***"El empresario estará obligado a ejecutar las obras precisas y a organizar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos en el mismo señalados."***

Artículo 161 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas: ***"El contratista está obligado a ejecutar las obras precisas y a organizar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas"***

en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo.”

Artículo 160 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: *“El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, **y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.**”*

Artículo 255.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: *“1. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, **y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.**”*

Artículo 279.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“1. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, **y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.**”*

Artículo 287.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: *“1. El concesionario está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, **y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.**”*

Como puede observarse, todas estas normas, con una redacción muy similar, contemplan con carácter genérico la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios, hoy concesión de servicios, pueda llevar aparejada la obligación por parte del concesionario de ejecutar determinadas obras afectas o relacionadas con el servicio concesionado.

Así se contempla tanto en el pliego de cláusulas que rige este contrato como en el reglamento del servicio, posibilitando que el contratista realice obras de ampliación o mejora del servicio.

Ahora bien, el contrato de gestión de servicios como todo contrato público debe

tener un objeto determinado con exquisita exactitud; es decir, deben concretarse con precisión las prestaciones que el contratista debe asumir como obligatorias, sin que quepa la posibilidad de la actuación arbitraria de la Administración llevando al objeto del contrato prestaciones que no estaban especificadas con detallada concreción en el pliego de cláusulas. Pliego de cláusulas que, por otra parte, constituye *lex contractus*, es decir, la ley del contrato por el que las partes se obligan mutuamente a cumplir su contenido.

Así se ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, entre otros, en su Informe 97/18, en el que considera que el objeto de los contratos público debe ser determinado. En este Informe la Junta Consulta analiza la posibilidad de que el concesionario realice determinadas obras afectas al servicio concesionado:

*“En definitiva, de acuerdo con las reglas establecidas para la determinación del objeto de un contrato de gestión de servicios públicos establecidas en el TRLCSP, y como respuesta a las exigencias derivadas de los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, podemos concluir que **para entender comprendidas dentro del objeto del contrato de gestión de servicios públicos determinadas obras posteriores al inicio de la explotación tales obras deberán haber sido previstas en el pliego de la licitación inicial por referencia a un anteproyecto o proyecto que permita identificar su alcance, condiciones y valoración. Ello supone que debe identificarse con precisión los aspectos esenciales de tales prestaciones, que debe preverse inicialmente la solvencia o, en su caso, la clasificación que necesitan los licitadores para su ejecución y que, en suma, no cabe acudir a fórmulas genéricas que adolezcan de una indeterminación inicial que sólo podrá ser concretada por una decisión de la Administración contratante. Tal solución carece de seguridad jurídica y puede ser perjudicial para el resto de los licitadores, para el contratista o, incluso, para la propia Administración contratante.***

*Por tanto, como colofón de lo anterior, **nuestra conclusión es que no procede entender incluidas en el objeto del contrato de gestión de servicios públicos las 12 obras que se concreten con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato sobre la mera base de menciones genéricas respecto a su inclusión en el objeto del contrato, sin determinación previa de su alcance y valoración, o cuya concreción quede diferida a decisiones posteriores, que podrán realizarse o no por la Administración titular del servicio o por el contratista en función de una decisión discrecional.** Por otro lado, en la primera cuestión se nos plantea también si en el caso de que las obras estuvieran contenidas en el objeto del contrato se podrían ejecutar por la*

empresa concesionaria a través de una encomienda de gestión o si, por el contrario, sería necesario tramitar un contrato de obras. No se entiende esta parte de la consulta porque si la prestación estuviese contenida en el contrato no sería necesario acudir a ninguno de estos instrumentos y por la imposibilidad jurídica de formalizar un encargo con una entidad que no fuese medio propio. Finalmente, teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, si no procede entender incluidas estas obras en el objeto del contrato, no cabe responder a las cuestiones planteadas en la consulta respecto a la clasificación exigida para su realización o a la posibilidad de su subcontratación.

(...)

CONCLUSIONES

- No pueden incluirse dentro del objeto de un contrato de gestión de servicios públicos otras obras posteriores cuyas circunstancias y condiciones no se hayan explicitado previamente por referencia a un proyecto o anteproyecto con la oportuna valoración económica.*

(...)"

De tal parecer, y de las propios preceptos citados se extrae la **conclusión que en todo contrato de gestión de servicio públicos, hoy concesión de servicios, para que las obras puedan y deban ser ejecutas por el concesionario las mismas han de estar no sólo previstas y descritas en el pliego de cláusulas, sino valoradas y recogidas en el correspondiente proyecto.**

En efecto, y como acertadamente considera la Junta Consultiva en el arriba citado Informe, el presupuesto de ejecución de las concretas obras así como las características de las mismas y junto al correspondiente proyecto de explotación del servicio, el cual debiera contener los requisitos específicos para la gestión del servicio objeto de concesión, han de ser considerados, entre otras, a los efectos de la determinación de los requisitos de capacidad y solvencia que sean exigibles a los licitadores que pretenden participar en el proceso de contratación, así como para cuantificar el valor estimado del contrato.

En su consecuencia, y teniendo no obstante en cuenta lo establecido tanto en el pliego de clausulas como en el Reglamento del Servicio, no se contiene en ninguno de ambos documentos la obligada determinación del valor o presupuesto de ejecución de las obras pretendidas , lo que hace inviable su ejecución por el concesionario.

Así pues, **esas obras que ahora se pretenden ejecutar deberán adjudicarse en los términos establecidos en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y conforme al procedimiento que con arreglo a su valor estimado corresponda.**

En otro orden de cosas, llama la atención lo que en el escrito de petición de informe se indica: *“Las obras, según la empresa concesionaria, no supondrían coste alguno para el Ayuntamiento, ni para los usuarios del servicio”*. Y llama la atención el aparente altruismo manifestado por la concesionario que con renuncia a cualquier compensación financie a su costa una obras que estarían a cargo del propio Ayuntamiento y no del concesionario. Analizando la expresión utilizada *“sin coste para el Ayuntamiento ni para los usuarios”* ello no supone que el concesionario pueda instar el equilibrio económico del contrato; equilibrio que no sólo se consigue mediante una compensación económica, por ejemplo través de la revisión de tarifas, sino también con la ampliación de la duración del contrato; que es lo que parece ir de tras de ese aparente altruismo de la concesionaria. Ampliación de la duración concesional de hasta un 10% que, por ejemplo, recoge el artículo 290 de la vigente LCSP.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las sucesivas normas de contratación administrativa **ha permitido y permiten** que los contratos de gestión de servicios públicos puedan comprender en su objeto, además de la actividad de prestación del servicio, **la ejecución de obras necesarias para la prestación del mismo, pero se exige la especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización**. Así, cuando en el contrato de gestión de servicios públicos hayan de acometerse obras, las mismas **deben estar previstas, descritas y valoradas en la documentación preparatoria del contrato: pliegos, proyecto y presupuesto**.

SEGUNDA. En la determinación del objeto del contrato, **no obstante referirse a la posibilidad de ejecutarse por el concesionario determinadas obras, no aparece reflejado su concreción ni el valor estimado de las mismas**.

TERCERA. En su consecuencia, consideramos que **NO PROCEDE entender incluidas en el objeto del contrato de gestión de servicios públicos la obra pretendida, al no haberse establecido con anterioridad al inicio de la ejecución del contrato, sino, todo lo contrario, a posteriori, y, por tanto, sin determinación previa de su alcance y valoración**.

CUARTA. El que el concesionario haya indicada que la ejecución por ella de tales obras **no suponga coste ni para el Ayuntamiento ni para los usuarios, no significa que no pudiera instar el equilibrio económico del contrato mediante la ampliación de la duración del plazo concesional**.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de _____, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, 2022