

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Informe 4/2009

INFORME 4/2009 DE 8 DE MAYO. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD CONCESIONARIA TITULAR DE LA CONCESIÓN SIN PREVISIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS. CESIÓN DE CONTRATO

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de marzo de 2009 tuvo entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe al amparo del Art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Consell, formulada por el Ayuntamiento de Moncada.

Posteriormente y en fecha 8 de abril, se recibe en esta Junta nueva solicitud de informe, rectificando la redacción del inicial, al que se acompaña el pliego de cláusulas administrativas particulares y con el siguiente tenor literal:

"Durante la tramitación de un expediente de contratación administrativa se nos ha planteado una duda de carácter jurídico por lo que solicitamos que desde un órgano especializado y de gran prestigio como es la Junta Superior de Contratación de la Generalitat se nos informe al respecto.

La cuestión se plantea en relación a un contrato de concesión de obra pública.

En fecha 8 de enero de 2009 el Ayuntamiento Pleno de Moncada adjudicó con carácter provisional el contrato de concesión de obra pública de una Piscina Cubierta a la Mercantil SECOPSA S.A. por un plazo de 40 años.

Al recibir la notificación de adjudicación provisional y con carácter previa a que se adjudique definitivamente, la adjudicataria en fecha 28 de enero de 2008 solicita al Ayuntamiento que considere la posibilidad de que se autorice la formalización del contrato con una empresa creada al efecto perteneciente al mismo grupo que se llama SECOPSA DEPORTES S.L. Lo justifica en que esta empresa "gestionaría de forma directa todos los ingresos, gastos, inversiones, etc., lo que permitirá determinar de forma clara en su momento el canon a pagar al Ayuntamiento de Moncada en función de la rentabilidad del proyecto, flujos de caja del año y acumulado hasta el año según oferta de licitación".

En el Pliego de cláusulas administrativas no se recoge expresamente esta posibilidad.

Las cuestiones que se nos plantean son las siguientes:

- 1. ¿Puede aceptarse esta petición si no estaba prevista en el pliego aunque la señale el artículo 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público?*
- 2. ¿Puede aceptarse si no se presenta esta solicitud en el momento de la licitación si no una vez adjudicado provisionalmente y previa a la adjudicación definitiva?*

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Informe 4/2009

3. Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué momento se ha de aceptar esta petición? ¿Se ha de adjudicar definitivamente a la nueva sociedad? ¿Se ha de formalizar con la nueva sociedad? o ¿cuándo es el mejor momento para efectuar el cambio?
4. ¿Sería más adecuado efectuar una cesión una vez transcurra el plazo legal?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si la constitución de una sociedad que será el titular de la concesión de obra pública puede tener lugar con posterioridad a la adjudicación provisional, aunque el pliego de cláusulas administrativas haya previsto tal posibilidad y el licitador no haya asumido tal compromiso al concurrir a la licitación.

El Art. 46. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de la concesión de obras públicas, *podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica.*

Este precepto hay que ponerlo en relación con el Art. 115 de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas *deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:*...

c) *contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:*

1. ° *Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras*

Estos preceptos no han variado en ningún modo su redacción desde su origen en los Art. 232 y 233 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y suponen una excepción al principio general de constituirse el titular del contrato en una forma jurídica determinada. Esa constitución es potestativa del contratista, o bien, incluso puede ser exigida por la entidad contratante; en ambos casos, debe constar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas tales extremos, si bien en el último caso, deberán fijarse por la entidad contratante, en el pliego de cláusulas administrativas, las características jurídicas y financieras que deberá reunir la sociedad concesionaria titular de la concesión, que deberá constituirse legal y previamente a la formalización del contrato, pues ésta ya podrá tener lugar con la sociedad concesionaria.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares remitido por el Ayuntamiento consultante no hay regulación sobre estos extremos, razón por la que, en cualquier caso, deberá ser la empresa licitadora la titular de la concesión, si bien, podrá llevarse a efecto la cesión del contrato en los términos y condiciones previstos en el Art. 209 de la Ley de Contratos del Sector Público, que en el caso de la concesión de obras públicas exige que

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Informe 4/2009

contratista cedente haya ejecutado al menos el 20% del importe del contrato, entendiéndose por tal importe en este tipo de contratos el que comprende el importe de redacción del proyecto y el de ejecución de las obras, pues la explotación es, precisamente, una contraprestación que percibe el contratista por llevarlas a cabo y mantenerlas en estado de uso, es decir, una forma de retribución y no una prestación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si el pliego de cláusulas administrativas no ha previsto los extremos de los artículos 46.2 y 115 de la Ley de contratos del Sector Público, no procede aceptar la solicitud formulada por la empresa adjudicataria en el momento procedimental al que se refiere la consulta planteada.

SEGUNDA.- Ejecutado el 20% del importe del contrato, y con las condiciones del artículo 209 de la Ley, podrá efectuarse la cesión del contrato, teniendo en cuenta que ese 20% de ejecución del importe del contrato comprende el importe de redacción del proyecto y el de ejecución de las obras, pues la explotación no debe entenderse a estos efectos como una prestación más, sino como una retribución, es decir, una contraprestación a favor del concesionario por financiar y llevar a cabo dichas obras, con la obligación de ponerlas en uso, mantenerlas y conservarlas hasta que finalice el contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA en fecha 8 de
mayo de 2009.