

Informe 33/95, de 24 de octubre de 1995. "Aplicación a los concesionarios de contratos de gestión de servicios públicos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en los contratos de obra que deseen adjudicar".

2.1. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales

ANTECEDENTES

1. Por el Secretario de Estado de Política Territorial y Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas Transportes y Medio Ambiente, en su calidad de Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Con motivo de una petición de Autopistas, Concesionaria Española, S.A., titular de la concesión administrativa de las autopistas Barcelona-La Junquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, de autorización para adjudicar unas obras al amparo de lo establecido en el artículo 141, apartado b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), esta Delegación del Gobierno solicitó informe sobre la procedencia de dicha adjudicación al Servicio Jurídico de este Ministerio.

En su informe el citado Servicio Jurídico, entre otras consideraciones, se plantea dos alternativas respecto a la aplicabilidad de la mencionada LCAP, a saber:

a) Entender que la nueva LCAP ha derogado (Disposición Derogatoria Unica 2) las normas específicas sobre autopistas objeto de concesión administrativa en la materia (Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y el Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión), lo que supondría que el procedimiento de adjudicación de contratos que al concesionario de una autopista celebre con terceros, puede ser cualquiera de los regulados en la LCAP.

b) Entender que las normas específicas citadas siguen vigentes en la medida que no se oponen a la regulación general contenida en el texto de la LCAP.

El criterio del Servicio Jurídico es estimar como más plausible la segunda de las alternativas señaladas, si bien manifiesta que esta conclusión debe someterse a la consideración de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

A la vista de lo expuesto, se solicita se informe a esta Delegación del Gobierno sobre el criterio que respecto al tema planteado tiene ese Organismo Consultivo, así como sobre cualquier otro aspecto que, en relación con el mismo, se juzgue de interés por esa Junta Consultiva".

2.- Al anterior escrito, conforme se consigna en el mismo se acompaña la siguiente documentación:

a) Escrito de Autopistas, Concesionaria Española, S.A. dirigido a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje manifestando que la sociedad concesionaria *"tiene la intención de encargar los trabajos correspondientes a la construcción del Proyecto complementario del Enlace de Canet de Mar al mismo contratista adjudicatario de las obras que realiza la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, al amparo de lo dispuesto en el artículo 141, apartado b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que esa Delegación del Gobierno no encuentre inconveniente"*.

b) Informe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente en el que se recogen las dos alternativas transitorias en el escrito de consulta, estimando más plausible la segunda, -considerar vigentes las disposiciones de la Ley 8/1972, de 10 de mayo y el Decreto 215/1973, de 25 de enero, por no oponerse a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y entender que el contrato debe adjudicarse por concurso, salvo que otra cosa se establezca validamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares- no obstante lo cual considera conveniente someter dichas alternativas al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar si los concesionarios de autopistas, para los contratos de obras que celebren, pueden utilizar los procedimientos de adjudicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entre ellos el procedimiento negociado, si por el contrario, estos contratos deben adjudicarse por concurso, excluyendo, por tanto, el procedimiento negociado, salvo que el Pliego de cláusulas particulares, modificando el Pliego general establezca otra cosa. Así enunciada la cuestión suscitada ha de ser resuelta mediante una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas y de los aplicables a las autopistas en régimen de concesión, incorporados básicamente a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y al Decreto 215/1973, de 25 de enero, por el que se aprueba el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

2. La Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, establece en su artículo 3, apartado 4, que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los concesionarios de obras públicas que no sean poderes adjudicadores apliquen las reglas de publicidad definidas en diversos apartados del artículo 11 y en el artículo 16, en la adjudicación de obras a terceros, cuando el valor de estos contratos sea igual o superior a 5.000.000 de Ecus, aclarando que sin embargo no será necesaria la publicidad cuando un contrato de obras reúna las condiciones enumeradas en el apartado 3 del artículo 7, es decir, las que justifican la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. El Anexo VI de la propia Directiva incluye el modelo de anuncio de contratos de obras concertados por el concesionario, entre cuyas menciones, el apartado 7 se refiere a criterios que se seguirán para adjudicar el contrato.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, en este punto, sigue casi literalmente el reseñado precepto de la Directiva comunitaria, dedica su artículo 133 a la regulación de los contratos de los concesionarios particulares, estableciendo que el concesionario de un contrato de obras públicas deberá someter los contratos que celebre con un tercero a las normas de publicidad establecidas en el artículo 135.2 (que hace referencia a la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de los contratos de obras por procedimiento abierto, restringido o negociado del artículo 140) salvo que el precio del contrato sea inferior a 681.655.208 pesetas, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o que el procedimiento utilizado sea el negociado sin publicidad.

De la normativa comunitaria incorporada a la legislación española vigente y de ésta última se desprende que la regulación de los contratos de obras que celebran los concesionarios ha sufrido una profunda transformación, ya que de estar sujetos los concesionarios particulares sólo a respetar el principio de no discriminación de los contratantes en razón a su nacionalidad (artículo 29 bis párrafo tercero de la Ley de Contratos del Estado) han pasado a estar sometidos al régimen de adjudicación de contratos que establece la Directiva 93/37/CEE incorporado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho régimen de adjudicación se aplica a todos los concesionarios de obras que no sean Administraciones Públicas, pero sólo para contratos de obras de cuantía igual o superior a

681.655.208 pesetas (cifra equivalente a 5.000.000 de Ecus) y en este régimen está comprendida la posible utilización del procedimiento negociado sin publicidad, ya que así se desprende de la dicción expresa del artículo 3, apartado 4, de la Directiva 93/37/CE y del artículo 133 1 b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. El artículo 26 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, establece que el concesionario de autopistas de peaje podrá verificar directamente la obra o contratar total o parcialmente su realización en la forma que establezcan los pliegos de la concesión, obligando ésta última remisión a acudir a la cláusula 68 del Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión a cuyo tenor "en caso de que el concesionario no realice las obras directamente su contratación se verificará conforme a los principios de publicidad y libre concurrencia a través del procedimiento de concurso". Es evidente que, según la cláusula 1 del propio Pliego general, los Pliegos de cláusulas particulares pueden modificar aquél y, en concreto, el sistema de adjudicación de los contratos dejando de ser preceptiva la adjudicación por concurso.

Con arreglo, por tanto, a la normativa específica aplicable a los concesionarios de autopistas de peaje hay que sostener que los contratos de obras que celebren, cualquiera que sea su cuantía, han de ser adjudicados por concurso, salvo que el Pliego de cláusulas particulares, modificando el Pliego general, establezca otra modalidad de adjudicación, subasta o procedimiento negociado, lo que no ha sucedido en el caso sometido a consulta.

4. Como ya indicábamos al principio de este informe, la cuestión suscitada tiene que ser resuelta con una interpretación conjunta de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y los que determinan el régimen jurídico de las concesiones de autopistas de peaje, ya que la conclusión sentada en el apartado 2 para todos los concesionarios -posibilidad de utilizar el procedimiento negociado- puede quedar desvirtuada por la normativa específica de la concesión de autopistas de peaje.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende, coincidiendo con el criterio del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente que la disposición derogatoria de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no ha derogado, en este extremo, la normativa específica de las concesiones de autopistas de peaje, dado que, aparte del criterio de prevalencia de la Ley particular sobre la Ley general y del de respeto a lo pactado, que impediría aplicar retroactivamente las soluciones nuevas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede entenderse que dicha normativa específica contradiga el nuevo texto legal por cuanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas el concurso, junto con la subasta, es forma ordinaria de adjudicación de los contratos, en contraposición al procedimiento negociado que, por su carácter excepcional, solo puede ser utilizada en los casos taxativos establecidos en la Ley que, además, deberán justificarse en el expediente.

En consecuencia se entiende que la normativa sobre autopistas de peaje en régimen de concesión, en cuanto impone al concesionario la adjudicación por concurso de los contratos de obras que celebre, salvo disposición contraria del Pliego de cláusulas particulares de la concesión, no entra en contradicción con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino que se ajusta a su contenido, sobre todo si se tiene en cuenta que los principios de publicidad y concurrencia, de los que el procedimiento negociado supone una negación o excepción, son principios básicos inspiradores de la legislación de contratos de las Administraciones tal como proclamaba la Ley de Contratos del Estado en su artículo 13 y sigue proclamando la nueva Ley en su artículo 11.1.

5. La conclusión que ha quedado sentada exime de examinar la procedencia concreta de justificar la utilización del procedimiento negociado en alguna de las causas previstas en los distintos apartados del artículo 141. No obstante, sí conviene señalar, coincidiendo también con el criterio del Servicio Jurídico del Estado, que, aún admitiendo a efectos dialécticos la posibilidad de utilización del procedimiento negociado, ésta no podría justificarse en el apartado b) (existencia de un sólo empresario), ni en los apartados d) y e) del citado

artículo 141, por no concurrir los requisitos que para las obras complementarias y para la repetición de obras similares, se consignan en los dos últimos apartados reseñados.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** Que, conforme al artículo 133 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los concesionarios particulares de un contrato de obras puedan utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos que celebren.
- 2.** Que, no obstante, para los concesionarios de autopistas de peaje, debe considerarse que su normativa específica no contradice la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, estos concesionarios deberán adjudicar los contratos de obras por concurso, salvo que el Pliego de cláusulas particulares de la concesión establezca otra forma o procedimiento de adjudicación, cosa que no ha sucedido en el supuesto sometido a consulta.
- 3.** Que, admitiendo en hipótesis la posibilidad de que los concesionarios de autopistas de peaje pudiesen utilizar el procedimiento negociado, sería necesario que concurriese -y se justificase- alguna de las causas previstas en los distintos apartados del artículo 141 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.