

INFORME 5/2005, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2005. REALIZACION POR EL CONCESIONARIO DE OBRAS EN EL CONTRATO DE GESTION DE SERVICIOS PÚBLICOS. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. FALTA DE CONCRECION DE LOS PLIEGOS QUE RIGEN LA CONTRATACION.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de noviembre de 2005 ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Vinaròs al amparo de lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 79/2000, de 8 de junio, del Gobierno Valenciano, con el siguiente tenor literal

"Este Ayuntamiento mediante acuerdo plenario de 14 de agosto de 2001 aprobó Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para adjudicar mediante concurso procedimiento abierto la contratación de servicio público de abastecimiento de agua potable del municipio de Vinaròs.

Durante el periodo de presentación de ofertas se presentaron dos.

La adjudicación definitiva a la UTE FACSA-AVSA se produjo por acuerdo plenario de 12 de febrero de 2002.

Este Ayuntamiento por razón del crecimiento urbanístico y construcción de nuevas edificaciones en general, precisa de la ejecución de nuevas canalizaciones, y en general obra de fábrica de mayor diámetro y distinta de la que existía cuando se adjudicó la concesión.

La cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas prevé las obras de ampliación y mejora de abastecimiento indicando que:

"Las obras de ampliación y mejora de abastecimiento que puedan producirse durante la vigencia del contrato se realizarán previo acuerdo del Ayuntamiento, vistos los informes técnicos pertinentes, dentro de las condiciones específicas del presente Pliego.

A estos efectos se considerarán obras de ampliación y mejora las de sustitución de tubos con cambio de sección, de presión, o material, y construcción de obras de fábrica y las nuevas instalaciones que amplíen la infraestructura existente. El concesionario podrá ser adjudicatario de la realización de este tipo de obras. En el supuesto de licitación de las mismas se le reconoce al concesionario el derecho de tanteo si se dan las circunstancias del artículo 123 del Reglamento de Servicios de

las Corporaciones Locales, esto es, que la diferencia entre su oferta con la que hubiera resultado elegida no fuera superior a un 10%.

La referencia al art. 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales que ha de interpretarse como carente de efectos al entenderse derogado dicho precepto.

Por otro lado, en orden a la prospección de nuevos acuíferos y pozos de aguas potables distintos de los que fueron objeto de la concesión inicialmente, en cuanto a captaciones para abastecimiento de agua potable conforme a la Ley de Aguas y Reglamento del Dominio Público Hidráulico, señaladamente los permisos de investigación y su ejecución material, parecen venir contemplados en la cláusula cuarta del Pliego de Prescripciones Técnicas en su párrafo primero, segundo y tercero que dicen:

'El concesionario tendrá a su cargo la gestión del Servicio de abastecimiento de agua potable del municipio de Vinaròs, a cuyo efectos deberá realizar a su costa todas las actividades necesarias o convenientes para un correcto funcionamiento del mismo, y en particular.

Abastecimiento de agua

1.a. Captaciones.

El agua potable a suministrar a los abonados provendrá de los caudales de las actuales captaciones y de las concesiones que, en el futuro, puedan obtener el municipio o el concesionario.

Será responsabilidad del concesionario todas las gestiones y actuaciones necesarias para conseguir el máximo aprovechamiento de los recursos hídricos disponibles.

De lo expuesto se nos plantean las siguientes cuestiones respecto de las cuales agradeceríamos su autorizado parecer.

- ¿Autoriza la cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas a ejecutar las obras de ampliación y renovación y mejora por el concesionario mediante su abono por el Ayuntamiento, al constituir Ley del Contrato?*
- ¿Viene obligado el concesionario por la cláusula cuarta de dicho Pliego a sufragar a su costa las operaciones necesarias para la investigación de nuevas captaciones y pozos de agua destinado al servicio municipal concedido incluidas las obras necesarias?*

Agradeciendo de antemano la atención de V.I., le transmito mi consideración más distinguida."

Al texto del Informe se acompaña la siguiente documentación:

- Copia cotejada del Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el concurso para la contratación del servicio público de abastecimiento de agua potable del municipio de Vinaròs.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer término indicar que la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos la ostenta el órgano de contratación, de conformidad con el art. 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Es misión de las Junta Consultivas emitir informes respecto de cuestiones generales y no de expedientes concretos. No obstante el Pliego remitido plantea una serie de dudas sobre este órgano consultivo debe informar, dado que inciden en la aplicación general de la normativa sobre contratación pública.

Asimismo llama la atención a esta Junta que en la cláusula Primera del Pliego no se haga mención alguna al proyecto de explotación del servicio ni al régimen jurídico básico del mismo. Ambos necesarios de conformidad con el art. 158 del TRLCAP

La cláusula quinta del Pliego de Prescripciones Técnicas. Las obras en el contrato de gestión de servicios públicos.

El art. 158.2 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 (en adelante TRLCAP) exige que en los contratos de gestión de servicios públicos que comprendan la ejecución de obras la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. "

La cláusula objeto de consulta prevé en un futuro la posible realización de obras, cuyos proyectos y prescripciones serán aprobadas por el Ayuntamiento mediante acuerdo plenario, y pretende que, a voluntad de la entidad local, pueden ser objeto de adjudicación directa al concesionario.

Esta cláusula es contraria a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que en caso de no haberse contemplado previamente al momento de licitarse el contrato) principal, exigiendo al licitador las condiciones que puedan ser objeto de valoración, y en su caso, la forma de abono de las mismas – por ejemplo con cargo al canon concesional-,

no pueden ser adjudicadas directamente al concesionario, sino que necesariamente deberán ser objeto de licitación con pública concurrencia.

En este sentido se recuerda al Ayuntamiento consultante que si bien los pliegos son ley entre las partes y pueden contener los pactos y condiciones que se tengan por conveniente, éstos no pueden vulnerar el ordenamiento jurídico.

La cláusula cuarta del Pliego de Prescripciones Técnicas. Falta de concreción en los pliegos que rigen la contratación.

En su escrito de consulta, el Ayuntamiento de Vinarós indica *“señaladamente los permisos de investigación y su ejecución material, parecen venir contemplados”*... (El subrayado es nuestro.)

La lectura de texto de la cláusula en opinión de esta Junta refleja lo siguiente:

1º.- Corresponde al concesionario realizar “a su costa” todas las actividades necesarias o convenientes para un correcto funcionamiento del servicio público. Por tanto no se desprende de este inciso ninguna referencia a los permisos de investigación de aguas subterráneas.

2º.- De conformidad con el pliego, las concesiones de futuras captaciones, las puede obtener el municipio o el concesionario.

De conformidad con el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Real Decreto 849/1986, de 11 abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, artículos 184 a 188; se entiende por investigación al conjunto de operaciones destinadas a determinar la existencia de aguas subterráneas, incluyendo las labores de profundización en el terreno, de alumbramiento y de aforo de los caudales obtenidos. Los permisos de investigación, que debe autorizarlos el organismo de cuenca, son un paso previo a la concesión.

A nuestro entender y, no disponiendo del proyecto de explotación del servicio público adjudicado en el que en cualquier caso podría hacerse referencia a los extremos que señala el Ayuntamiento consultante, no se desprende del tenor literal de la cláusula objeto de interpretación dicción alguna que avale la pretensión del Ayuntamiento, puesto que en caso de que la concesión fuera obtenida por el Ayuntamiento, previa solicitud a su nombre, no se especifica que las labores de investigación igualmente recaigan sobre el concesionario.

3º.- La cláusula cuarta in fine señala que el concesionario es responsable de todas las gestiones y actuaciones necesarias para conseguir el máximo aprovechamiento de los recursos hídricos disponibles. A este respecto es necesario cuestionarse sobre la dicción "disponibles". Disponibles en el momento de la adjudicación ¿De los recursos hídricos disponibles en el futuro? En definitiva nos encontramos ante una cláusula ciertamente inconcreta y ambigua. Así, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo "en el terreno de la interpretación de los contratos será de señalar que las cláusulas oscuras" ambiguas e inconcretas no deberán favorecer a la parte que la hubiere ocasionado. (STS de 24 abril 1985; STS de 16 junio 1986; STS de 1 abril 1986; STS de 14 marzo 1988; STS de 16 marzo 1988; STS de 16 mayo 1990). Recuérdese que los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas se redactan unilateralmente por la Administración.

CONCLUSIONES

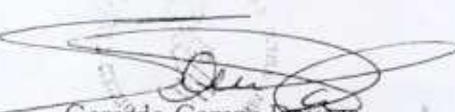
PRIMERA.- No se ajusta a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas una cláusula que permite la adjudicación directa de las futuras obras al adjudicatario si estas no han sido objeto de licitación previa.

SEGUNDA.- La cláusula cuarta del pliego de prescripciones técnicas no fija expresamente la obligación del concesionario de realizar y sufragar las labores de investigación, incluidas las obras. La ambigüedad e inconcreción de la misma no debe dar lugar a actuaciones que perjudiquen a quien no es responsable de las mismas.

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.

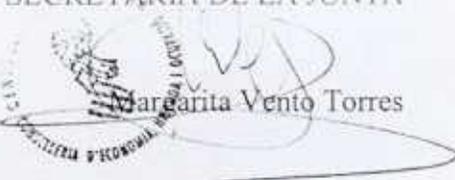
Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devés

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha
20 de diciembre de 2005