

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA

Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta

46010-VALÈNCIA

Telf. 96 1613072

Ref. : SUB/SCC/mvt

Asunto : Informe 2/2021

INFORME 2/2021, DE 18 DE JUNIO DE 2021. CONTRATACIÓN IRREGULAR. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. REVISIÓN DE OFICIO. OBRAS QUE DEBEN SER OBJETO DE LICITACIÓN. IMPROCEDENCIA DEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO POR URGENCIA.

ANTECEDENTES

En fecha 16 de marzo de 2021, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Riba-roja del Túria mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Asunto: Consulta Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en relación con servicio de concesión del servicio de gestión de alcantarillado, control de vertidos y depuración del municipio de Riba-roja de Túria –Expte. 27/2018-

ROBERTO PASCUAL RAGA GADEA, Alcalde del Ayuntamiento de Riba-roja de Turia, Valencia, actuando en nombre y representación del mismo, domiciliado, a efectos de notificación, en el propio Ayuntamiento, Plaza del Ayuntamiento, nº 9, teléfono 96 277 00 62, ante la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana formulo consulta en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Pleno del Ayuntamiento de Riba-roja de Túria acordó el 30/07/2012 aprobar los pliegos de licitación para la concesión del contrato de gestión del servicio de agua potable y saneamiento.

Segundo.- Contra el citado acuerdo se interpuso recurso ante los tribunales judiciales donde en fecha 16/11/2016, en recurso de apelación, se dispuso anular el acuerdo plenario. En consecuencia se licitó un nuevo contrato.

Tercero.- Contra el acuerdo plenario de 17/04/2019 de aprobación del expediente del nuevo contrato de concesión de servicio público de abastecimiento de agua potable, servicio de gestión de alcantarillado, control de vertidos y depuración del municipio fue interpuesto nuevo recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Tercero.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valencia dictó Sentencia 294/2020, de 7 de diciembre, recibida el 11 de diciembre, en PO 291/2019 interpuesto por Global Omnium contra los pliegos del contrato de concesión de agua, en la que se estima el recurso interpuesto y se declara no ajustado a derecho, y por tanto su nulidad.

Cuarto.-Contra ella se ha interpuesto recurso de apelación por parte de la mercantil Hidraqua Gestión Integral de Aguas de Levante, S.A., actual prestataria del servicio y por el Ayuntamiento de Riba-roja.

Cuarto.- A su vez, mediante auto de fecha 9 de diciembre de 2020, recibido el 15 de diciembre, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valencia, se dispone que ha lugar la medida cautelar de suspensión de la licitación de concesión del servicio seguida en expediente de contratación. Asimismo, dispone la prohibición de que el Pleno municipal acuerde la adjudicación del contrato o realice ningún acto de ejecución del acuerdo al efecto.

Las cuestiones planteadas son las siguientes:

Primera.- Siendo un servicio esencial, ¿podemos entender que se mantiene dicho servicio – principio de continuidad - en base al contrato primero declarado nulo dado que está suspendido el procedimiento tramitado en la actualidad? Es decir que la prestación del servicio, ¿se ajustaría a las condiciones del contrato último aún cuando ha sido declarado nulo puesto que no ha podido llegar a adjudicarse el siguiente contrato tramitado al haber sido decretada la suspensión del mismo con carácter previo a su adjudicación?

Segundo.- Ante la necesidad por parte del ayuntamiento de realizar unas obras en varias zonas del municipio que tienen problemas importantes, si nos regimos por el contrato inicial, en base a la cláusula de los pliegos que rigen el contrato inicial que se transcribe a continuación:

Apartado 1.3.- Obras de renovación, ampliación y mejora.

El Concesionario vendrá obligado durante la vigencia del contrato de concesión a la ejecución y gestión de las obras de renovación, ampliación y mejora inherentes a los servicios objeto de concesión, dichas obras las realizará el concesionario con cargo al fondo de renovación o mediante la vía de financiación que en cada momento se acuerde.

¿Se pueden realizar las obras de inversión directamente por la mercantil prestataria actualmente del servicio dentro del plan de inversiones sin necesidad de realizar una licitación previa?

En el caso de que no puedan realizarse sin licitación previa en base a la citada cláusula, ¿corresponde al propio ayuntamiento quien las financie y las licite o la empresa debería realizar una licitación pública?

¿Podría la mercantil prestadora del servicio licitar dichas obras y realizarlas con cargo a las tarifas del contrato?

Si la empresa concesionaria licita las obras ¿que procedimiento ha de seguir? ¿Publicidad general para que se presente cualquier empresa o solicitud de tres presupuestos? ¿Debería publicar la licitación en el Perfil de Contratación del Sector Público si se financia con las tarifas o no sería necesario al ser una empresa privada?

Se adjunta documentación aportada por la mercantil.

Lo que se remite a los efectos oportunos.

En Riba-roja de Túria, a la fecha que consta en la firma electrónica.“



Ante la ausencia de total documentación con fecha de salida de 17 de marzo de 2021 se le requiere al Ayuntamiento consultante la misma que es recibida en fecha 18 de abril de 2021. La documentación requerida y aportada es la siguiente:

1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana contra la cual no cabe recurso al dictarse en apelación 962/2016 que declara la nulidad de los pliegos, de todo el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato.
2. Acuerdo plenario de 3 de abril de 2017 disponiendo la continuidad del servicio hasta finales de abril de 2017.
3. Informe técnico del Ingeniero industrial sobre las obras a acometer y su valor estimado.
- 4.- Pliego de cláusulas administrativas particulares y contrato suscrito en fecha 25 de octubre de 2012 declarados nulos.
- 5.- Acuerdo plenario de fecha 5 de febrero de 2018 sobre continuidad del Servicio por nueve meses.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La primera consideración que debemos realizar es la de la normativa aplicable a las cuestiones planteadas en la solicitud de informe. Efectivamente el contrato se licitó, adjudicó y formalizó vigente el 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 (en adelante TRLCSP)

1.- Sobre la continuidad del la prestación del servicio con motivo de la media cautelar de suspensión del procedimiento dictada por Auto de fecha 9 de diciembre de 2020, recibido el 15 de diciembre, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Valencia,

Es indubitado por todo lo acontecido con el contrato en cuestión, que cuando se consulta a esta Junta, el contrato sigue prestándose conforme al contrato declarado nulo por el TSJCV, incumpliendo los sucesivos acuerdos plenarios que ponían fin a dicha continuidad y en las que el Ayuntamiento debía plantearse la forma de gestión del servicio en aras a los intereses generales

En efecto el acuerdo plenario de 3 abril de 2017 fija la continuidad del servicio hasta el 31 de diciembre de 2017 y el acuerdo plenario de 5 de febrero de 2018 fija nueve meses de continuidad no prorrogables salvo caso de fuerza mayor.

En ambos casos se incide en el acuerdo de continuidad *"iniciar sin más dilación un estudio sobre las diversas formas de gestión del servicio a los efectos de determinar la más conveniente a los intereses municipales y una vez determinada proceder a llevar a efecto la misma."*

Llegado a este punto y transcurridos todos los plazos previsibles en los acuerdos plenarios, no hay cobertura legal que ampare la situación actual de prestación del servicio , por lo que nos encontramos ante una contratación verbal, expresamente prohibida en la legislación de contratos y, por ende, nula

de pleno derecho, con el consiguiente enriquecimiento injusto de la administración contratante, como indica el Dictamen n.º 558/2020 del Consell Consultiu de la Comunitat Valenciana:

“El enriquecimiento injusto trata de evitar el beneficio de una de las partes en perjuicio de la otra y fundamenta la necesidad de indemnizar o compensar a la contratista en las contrataciones irregulares al margen de la LCSP. En su vertiente de acción autónoma y distinta de las figuras anteriores, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de diciembre de 2012, mantuvo que “La acción de enriquecimiento injusto se considera como fuente de obligaciones, conectada con la figura de los cuasicontratos y diferenciada de la acción de responsabilidad por daños, y que precisamente por ser distinta y autónoma de la acción de responsabilidad patrimonial, su ejercicio no está sometido al plazo prescriptivo de un año”. En dicha Sentencia señala, además, que “no es solo un principio general del derecho, que rige también en el derecho administrativo, sino que además debe de considerarse como una acción propia y singular del derecho administrativo, diferente de la que se ejercita en el ámbito civil, precisamente por las particularidades del ámbito administrativo. Pero es que además, debe significarse que son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2004, 20 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2006), en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por el propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración”.

Es más en las SSTs de 21 de julio de 2009, 12 de enero de 2012, 23 de marzo de 2015 y 28 de enero de 2016, se admite el pago al contratista con fundamento en la prohibición del enriquecimiento injusto, sin haber declarado previamente la nulidad del contrato.

La situación creada al amparo de esta contratación nula tiene, por tanto, causa en una actuación irregular del órgano de contratación, pero también hay que hacer notar los sucesivos periplos judiciales y el tiempo transcurrido en dictar Sentencia, así como en la actualidad las medidas cautelares de suspensión adoptadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Valencia y la naturaleza del propio objeto del servicio, que es básico y esencial para la población.

Ahora bien ello no impide para que el Ayuntamiento consultante licite otro procedimiento de contratación al margen del suspendido y que al mismo tiempo se inicie la revisión de oficio de la contratación verbal actual, aunque entre la doctrina como en los diversos órganos consultivos no hay consenso, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, a la vista de los hechos concurrentes en la solicitud, si la admite

Así en el Dictamen del Consell Consultiu anteriormente citado 588/2020, ante un supuesto similar indica:



“Dicho cuanto antecede, la contratación irregular por parte de las Administraciones Públicas afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho (artículos 38 y siguientes de la LCSP de 2017), conlleva la existencia de un contrato nulo, no susceptible de convalidación. El procedimiento más adecuado, por consiguiente, a aplicar en estos casos, a juicio de este Órgano consultivo, será instar un procedimiento de revisión de oficio por nulidad, que determinará que el contrato entre en fase de liquidación, debiendo restituirse recíprocamente las prestaciones entre las partes, sin perjuicio de las indemnizaciones por daños y perjuicio que proceda. Además, cuando la restitución de las prestaciones no sea posible, lo que sucederá en la mayoría de los supuestos, el órgano de contratación deberá reembolsar el valor de las prestaciones recibidas, para evitar que se produzca un enriquecimiento de la Administración en perjuicio de tercero.

De esta forma, la Administración pública está obligada, en virtud del principio de legalidad que rige su actuación (artículo 103 CE) a ajustar su actuación a lo dispuesto en la ley, y en este sentido, el artículo 106 de la Ley 39/2015, LPAC, dispone que las Administraciones Públicas “declararán” la nulidad de los actos que incurran en cualesquiera de las causas establecidas en el artículo 47.1 de la citada norma legal. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la propia Ley 9/2017 regula un procedimiento específico consistente en la declaración de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación adoptados al margen de la normativa sobre contratación pública, así como sus efectos (art. 41 LCSP). La existencia de una causa de nulidad convierte a la revisión de oficio en el mecanismo más adecuado para afrontar la contratación irregular viciada de nulidad por parte de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con la normativa que rige el contrato estaríamos ante el art. 34 del TRLCSP que contempla:

- 1.- La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada y los contratos subvencionados
- 2.- Será competente el órgano de contratación al tratarse de una Administración Pública.

El plazo es de seis meses, si bien de reunir los requisitos precisos se urge al Ayuntamiento consultante optar por esta vía en el menos plazo posible para paliar esta situación irregular. Deberá recabarse consulta, con carácter preceptivo, al amparo de los artículos 10.8 b) de la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, y 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de la citada institución.

Pero el Consell no obstante advierte : *“Ahora bien, este Consell debe advertir, como posteriormente se insistirá, que el instrumento de la revisión de oficio es la respuesta a supuestos excepcionales y no un instrumento habitual para “amparar” pagos que tienen su origen en actuaciones habituales al margen de la legislación de contratación pública. A fin de evitar el abuso en la utilización del instrumento de la revisión de oficio, algún Consejo consultivo ha negado la procedencia de dicha revisión de oficio cuando “la utilización del instituto de la revisión de oficio se ve rodeada de una serie de singulares circunstancias que la deforman sobremanera, desbordando el marco de su propia definición o alterando su finalidad legalmente fijada” (Dictamen 303/2020, de 23 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias). En la misma línea, el Dictamen 149/2014, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares.”*

A juicio de esta Junta se insiste del deber de los órganos de contratación de atenerse a la normativa de contratación y sus principios inspiradores sin que nada justifique la contratación irregular y que la posibilidad si se aceptan las circunstancias concurrentes de una posible revisión de oficio sea una panacea para amparar dichas conductas.

2.- Realización de las obras por el concesionario

Las obras que deben llevarse a cabo por el Ayuntamiento y que de acuerdo con el informe del Ingeniero Industrial comprenden:

- *Obras de renovación de la red de abastecimiento de agua potable en la urbanización Entrenaranjos del t.m. de Riba-roja de Turia.*

El objeto de la obra es la renovación de la totalidad de las tuberías de abastecimiento de agua potable de la urbanización Entrenaranjos; definiéndose el trazado, dimensionamiento y los distintos elementos que permiten el correcto funcionamiento de dicho sistema (1.465.000,00€)

- *Obras de abastecimiento de agua potable al parque logístico de Valencia en el T.M. de Riba-roja de Turia*

Consiste en la instalación de una tubería de abastecimiento de agua potable desde el casco urbano de Riba-roja de Turia hasta el Parque Logístico de Valencia, atravesando las urbanizaciones Masia de Traver, Valencia La Vella y La Llobatera; definiéndose el trazado, dimensionamiento y los distintos elementos que permiten el correcto funcionamiento del sistema de abastecimiento alternativo al Parque Logístico de Valencia.(1.836.324,97€).

- *Obras de instalación de red de saneamiento en la urbanización Els Pous.*

Consiste en la instalación de una red de saneamiento en la urbanización Els Pous, actualmente sin el referido servicio (378.797,25€).

Se tratan de nuevas inversiones que ni están previstas en el objeto del contrato ni sus condiciones en los pliegos que rigen la contratación de la gestión del servicio de 2012, por lo que no pueden realizarlas directamente el concesionario sino que debe ser objeto de licitación por el Ayuntamiento con cargo a sus propios fondos en aras a los principios rectores de la contratación pública.

Así la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en informe 97/2018 indica:

“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.”

Por tanto, como colofón de lo anterior, nuestra conclusión es que no procede entender incluidas las obras que se concreten con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato y no contempladas en el pliego que rige la licitación, 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.

3.- Procedimiento de licitación.

Ningún argumento avala el recurso al procedimiento negociado sin publicidad más que la urgencia de acontecimientos imprevisibles, lo que tras el tiempo transcurrido no parece justificable.

Por tanto deberá acudir a un procedimiento abierto con publicación en el perfil de contratante y salvaguardar los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia. De licitarse las tres obras independientes se podrá acudir al procedimiento abierto simplificado regulado en el art 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, si finalmente el valor estimado IVA excluido es igual o inferior a 2.000.000 de euros IVA excluido.

CONCLUSIÓN

PRIMERA.- Transcurridos todos los plazos previsibles en los acuerdos plenarios, no hay cobertura legal que ampare la situación actual de prestación del servicio, por lo que nos encontramos ante una contratación verbal, expresamente prohibida en la legislación de contratos y, por ende, nula de pleno derecho, con el consiguiente enriquecimiento injusto de la administración contratante.

SEGUNDA.- Nada obsta a que el Ayuntamiento consultante licite otro procedimiento de contratación al margen del suspendido y que al mismo tiempo se inicie la tramitación de la revisión de oficio de la contratación irregular actual en los términos y condiciones del art. 34 del TRLCSP, artículos 10.8 b) de la Ley de la Generalitat 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, y 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERA.- No procede entender incluidas en el objeto del contrato las obras como las sometidas a consulta concretadas con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato sobre la mera base de menciones genéricas en los pliegos puesto que no existe determinación previa de su alcance y valoración, y cuya concreción ha quedado 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.

CUARTA.- Las referidas obras deberán licitarse con todas las garantías de publicidad, transparencia, libre concurrencia e igualdad entre los licitadores y serán financiadas por la propia Administración. No considerando esta Junta la posibilidad de acudir aun procedimiento negociado del art. 168 de la actual Ley de Contratos del Sector Público al no existir ninguna causa excepcional que lo justifique.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no 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

Vº Bº EL PRESIDENTE
SUBSECRETARIO DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 18 de junio de 2021.