

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5-1ª Planta
46001 VALENCIA
Tel. 961922109

Ref. : SUB/SCC/mvt
Asunto : Informe 8/2014

INFORME 8/2014 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014. CONTRATO DE CONCESION DE GESTIÓN DEL SERVICIO DE SANENAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES. ALCANCE DE LOS INFORMES DE LA JUNTA. OBRAS A REALIZAR POR EL CONCESIONARIO Y OBRAS OBJETO DE LICITACIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 26 de septiembre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe al amparo del art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal:

<<En el año 1999 fue adjudicado el contrato de concesión de “Concesión administrativa para la gestión del servicio de saneamiento de aguas residuales” a una mercantil. Consecuencia del deterioro de un colector no general de aguas residuales de una de las vías principales de la localidad, cuya gestión no corresponde a la Entidad de Saneamiento, se hace precisa su urgente reposición, teniendo las obras un presupuesto estimado de un millón de euros.

El pliego de cláusulas que rigió la licitación establece en el art. 4 (Obligaciones del concesionario), que “el licitador que resulte adjudicatario deberá ejecutar las labores que acto seguido se indican” y, que a continuación, en el punto 4.3 de dicho artículo “Del Alcantarillado”, se señala lo siguiente:

“El concesionario debe asegurar el correcto funcionamiento de las redes e instalaciones de aguas residuales y pluviales, dentro de las instalaciones recibidas, garantizando su correcta explotación.

(.../...)

c/ De la conservación de instalaciones

(.../...)

Obras de reposición. Cuando el mal estado de algún conducto o cámara aconseje su sustitución por obras de características adecuadas, previos los informes de los Técnicos Municipales y la decisión del Órgano Municipal competente, el Concesionario procederá a efectuar su renovación.

El importe de estos trabajos se determinará por la aplicación de los correspondientes presupuestos/proyectos, aprobados previamente por el Ayuntamiento. A tal fin el Concesionario someterá a la aprobación a unos presupuestos con relación de precios unitarios y especificación de

tipos y calidades de materiales a emplear.

Rehabilitación correctiva de las redes de alcantarillado. Estas operaciones comprenderán las labores de inspección de las infraestructuras de la red de alcantarillado y la reparación de las roturas y desperfectos que se detecten, si fuera preciso, mediante sistemas “no destructivos” o “sin zanja”
(.../...)

f) De las obras de ampliación y renovación son de competencia municipal.

El concesionario comunicará al Ayuntamiento, cada vez que proceda, sus previsiones acerca de la evolución del Servicio que justifiquen la ampliación o renovación, en su caso, de las tuberías de impulsión, estaciones de elevación, conductos, etc, por otras de mayor sección o capacidad, en función de los volúmenes que han de transportar o impulsar.

En este caso, y simultáneamente, podrá presentar a la Corporación, al amparo del artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la correspondiente solicitud de ejecución y, en este caso, establecer la obligatoriedad de que el Concesionario financie, total o parcialmente, los mismos, resarcándose de la inversión vía las tarifas del servicio en el plazo de vigencia de la concesión.

En todo caso, serán facultad del Ayuntamiento las decisiones finales sobre la financiación de estas obras, cabiendo la inclusión en los presupuestos del servicio de distintas partidas para la creación de fondos que afronten entre otras inversiones las de este tipo de actuaciones.

El Concesionario, por medio de la Comisión aludida en el artículo 3º del Pliego de Condiciones, pondrá en conocimiento del Ayuntamiento, con la antelación suficiente, las necesidades del Servicio, a fin de que puedan arbitrarse las medidas técnicas y económicas precisas, así como la eventual participación del Concesionario en el coste de las obras.”

A la vista de las cláusulas del pliego señaladas, se plantea si las citadas obras de reposición del colector de aguas residuales pueden ser efectuadas por el concesionario o, por el contrario, ha de seguirse un procedimiento de concurrencia o licitación.

Se acompaña informe suscrito por Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos municipal sobre la naturaleza de las obras a realizar, así como copia del contrato suscrito con el concesionario incluyendo pliego de condiciones económico-administrativas que rigieron la adjudicación de la concesión administrativa.>>

<<En Guardamar del Segura>>

<<LA ALCALDESA-PRESIDENTA>>



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión que plantea el Ayuntamiento de Guardamar del Segura debe ser objeto, en primer término, de una observación previa por esta Junta. En efecto, este órgano no es competente en modo alguno para asignar, a la vista del informe técnico, si las obras que se pretenden acometer están comprendidas dentro de las definidas en el Artículo 4.3 del pliego de condiciones económico-administrativas como de obras de reposición, de rehabilitación correctiva de las redes de alcantarillado, o si, por el contrario, son obras de ampliación o renovación, correspondiendo al propio Ayuntamiento consultante responder a tal cuestión a través de sus servicios técnicos.

Dicho esto, del análisis del citado Pliego y del objeto del contrato que, según reza su artículo 1, establece: “Esta concesión engloba la gestión de las infraestructuras hidráulicas que componen la captación, recogida y conducción de las aguas residuales (redes de alcantarillado y de colectores generales) que se generen en el término municipal hasta las instalaciones de Depuración de Aguas Residuales (E.D.A.R.), incluida esta, cuya titularidad o disposición ostente el Excmo. Ayuntamiento, así como las que en un futuro pueden incorporarse”, extraemos las siguientes consideraciones:

1ª- Corresponde al concesionario-gestor, por tanto, hacerse cargo de las infraestructuras hidráulicas existentes, dentro de las cuales podrá ejecutar las siguientes obras de conservación de instalaciones: de reparación estricta, de reposición y de rehabilitación correctiva de las redes de alcantarillado, tal y como establece el Artículo 4.3. c) del pliego de condiciones económico-administrativas y con los requisitos en él establecidos. El Ayuntamiento deberá resarcir al concesionario por las mismas en la forma establecida, asimismo, en el citado artículo.

2ª.- Respecto de las obras de ampliación y renovación, contenidas en el citado artículo 4.3, apartado f), del pliego, éste las define como de competencia municipal, por lo que debe entenderse que no se encuentran incluidas en el objeto de la concesión y para su contratación deberá el Ayuntamiento consultante cumplir con la legislación de contratos del sector público.

Ahora bien, el citado artículo 4.3. f) contiene un inciso ambiguo y cuya ambigüedad mal entendida podría interpretarse contraria a dicha legislación.

En efecto, el inciso o apartado establece

1º.- En el caso de obras de ampliación y renovación, el concesionario comunicará al Ayuntamiento, cada vez que proceda, sus previsiones acerca de la evolución del Servicio que justifiquen acometer tales obras.

2º.-“Simultáneamente” podrá el concesionario presentar a la Corporación la correspondiente solicitud de ejecución y el oportuno Proyecto técnico.

3º.- El Ayuntamiento se reserva la facultad de aprobar tal *ejecución* y establecer que el concesionario financie totalmente o parcialmente las obras, resarciéndose de la inversión via tarifas.

Es de todo punto lógico que sea el concesionario el que comunique las necesidades del servicio, pero no puede interpretarse tal cláusula como una potestad de adjudicación directa de la ejecución de las obras al concesionario. La reserva de la facultad de aprobar la ejecución directa por el propio concesionario conllevaría la quiebra de los principios de la contratación pública.

Cuestión distinta y no menos crítica es la de la posibilidad de que el concesionario, cumpliendo los requisitos de capacidad y aptitud para contratar las obras de ampliación, pudiere concurrir a la licitación. En este punto hay que indicar lo prescrito por el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF): *"Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras"*. Ahora bien, este precepto no determina la exclusión automática del procedimiento, sino que tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la UE en su Sentencia de 3 de marzo de 2005 (Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03, Fabricom S.A.), debe concederse a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

Por su parte el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de noviembre de 2004, señala: *"El texto del artículo 53.3 es claro y explícito: no basta con participar en la elaboración de las especificaciones técnicas de los contratos sometidos a la Ley 13/95 para quedar excluido de la licitación; es necesario que esa participación pueda provocar restricciones a la libre competencia o la obtención de un trato de favor. Y ponderando las circunstancias concurrentes en autos, este Tribunal no ha llegado a dicha conclusión, aceptando, por el contrario, la tesis de la parte recurrente de que a través de la redacción de un Plan Director puesto de manifiesto a todos los interesados, los técnicos competentes para redactar un proyecto, dentro de un plazo razonable, pueden concurrir en situación de igualdad a la adjudicación del proyecto, elaborando una Propuesta Técnica acomodada a dicho Plan."*

Es claro en este caso que la formulación de los criterios de adjudicación jugarán un papel importante en el otorgamiento de ventajas injustificadas o trato privilegiado o mermar la libre competencia, si estos no son objetivos y dirigidos únicamente a la finalidad principal: la ejecución de las obras a la vista del proyecto aprobado. Es decisiva, asimismo, la igualdad en la entrega de toda la información a los licitadores, a todos y cada uno de ellos (Vid. en este sentido la Resolución 607/2013, de 4 de diciembre de 2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). También hay que indicar, como señala el Tribunal Supremo en la citada Sentencia, la importancia que reviste dar un plazo suficiente (razonable en terminología utilizada por el Tribunal) a la presentación de proposiciones u ofertas.

Por tanto, la aceptación del proyecto técnico presentado por el concesionario como documento base de la licitación podría dar lugar a esta incompatibilidad si no se dieran las condiciones necesarias para un tratamiento igualitario a todas las empresas interesadas en participar en la licitación de las obras.



En otro caso, es decir, en el que el proyecto técnico y las condiciones de la licitación son fijadas por el Ayuntamiento, éste no deberá establecer cláusulas que supongan para el concesionario un trato de favor o privilegiado por ser contratista de la Administración en virtud del art 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que prohíbe la discriminación a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública al disponer que :

“1. En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

2. Serán nulas de pleno derecho todas aquellas disposiciones contenidas en disposiciones normativas con o sin fuerza de Ley así como en actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano del sector público que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Junta Superior de Contratación Administrativa no es competente en modo alguno para asignar, a la vista del informe técnico, si las obras que se pretenden acometer están comprendidas dentro de las definidas en el Artículo 4.3 del pliego de condiciones económico-administrativas como de obras de reposición, de rehabilitación correctiva de las redes de alcantarillado, o si, por el contrario, son obras de ampliación o renovación, correspondiendo al propio Ayuntamiento consultante responder a tal cuestión a través de sus servicios técnicos.

SEGUNDA.- Corresponde al concesionario-gestor, por tanto, hacerse cargo de las infraestructuras hidráulicas existentes, dentro de las cuales podrá ejecutar las siguientes obras de conservación de instalaciones: de reparación estricta, de reposición y de rehabilitación correctiva de las redes de alcantarillado, tal y como establece el Artículo 4.3. c) del pliego de condiciones económico-administrativas y con los requisitos en él establecidos. El Ayuntamiento deberá resarcir al concesionario por las mismas en la forma establecida, asimismo, en el citado artículo.

TERCERA.- Respecto de las obras de ampliación y renovación, contenidas en el citado artículo 4.3, apartado f), del pliego, éste las define como de competencia municipal, por lo que debe entenderse que no se encuentran incluidas en el objeto de la concesión y para su contratación deberá el Ayuntamiento consultante cumplir con la legislación de contratos del sector público. El concesionario debe comunicas las necesidades del servicio, pero no puede interpretarse tal cláusula como una potestad de adjudicación directa de la ejecución de las obras al concesionario. La reserva de la facultad de aprobar la ejecución directa por el propio concesionario conllevaría la quiebra de los principios de la contratación pública.

CUARTA .- La posibilidad de que el concesionario, cumpliendo los requisitos de capacidad y aptitud pudiese concurrir a la licitación de las obras de competencia municipal debe conjugarse con el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como con la Jurisprudencia a que hace referencia el presente informe. Igualmente con lo prescrito en el artículo 45 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su

internacionalización.

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.

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


Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA



LA SECRETARIA


Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 24 de
Noviembre de 2014.