

INFORME 13/2014, DE 17 DE FEBRER DE 2015. EXECUCIÓ D'OBRES PER AL FUNCIONAMENT D'UN SERVICI PÚBLIC GESTIONAT EN RÈGIM DE CONCESSIÓ, QUE NO ES TROBEN EXPRESSAMENT I DETALLADAMENT RELACIONADES I COMPRESSES EN EL CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVICIS PÚBLICS CORRESPONENT. EXIGÈNCIA DE GARANTIA DEFINITIVA EN ELS CONTRACTES MENORS.

ANTECEDENTS

En data 21 de novembre de 2014, ha tingut entrada en esta Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Estivella, a l'empara de l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, amb el tenor literal següent:

“M. Jesús Ramón Beltrán, com a alcaldessa presidenta de l'Ajuntament d'Estivella, i en virtut de les competències que la Llei 7/85, reguladora de les Bases de Règim Local, m'atribuïx,

EXPOSE:

En data 27 de gener del 2010 es va procedir a formalitzar l'adjudicació definitiva del servici públic d'abastiment d'aigua potable i clavegueram a la mercantil EGEVASA, i es va subscriure el contracte administratiu corresponent, de data 29 de gener de 2010.

La clàusula 6a del plec disposa que «les obres d'execució, ampliació i millora de les instal·lacions generals de l'abastiment, així com de la xarxa de distribució i sanejament, seran executades pel concessionari i finançades tal com es determina en el plec de condicions economicoadministratives.

El concessionari comunicarà a l'Ajuntament, cada vegada que siga procedent, les seues previsions sobre l'evolució del servici [...].

En estos casos, els tècnics designats a este efecte per l'Ajuntament redactaran els projectes oportuns, perquè després de la seua aprovació per l'òrgan de l'Ajuntament se'n programe l'execució i la realització, en alguna de les formes previstes en la legislació vigent».

En la pràctica, la mercantil presenta una memòria on justifica la necessitat d'executar unes inversions al llarg de l'exercici i, una vegada redactats els projectes corresponents, s'executa l'obra pel concessionari, tal com estableix la clàusula 6a del plec i quinta del mateix contracte.

Per a l'exercici 2015, la mercantil EGEVASA ha presentat un projecte per import de 30.823,29 €, així com un

altre projecte per import de 97.395.20 €.

No obstant això, incorporat el nou titular en la plaça de Secretaria-Intervenció, informa que la segona obra, amb independència del que establisca el plec i el contracte, es tracta d'una obra d'inversió que, per l'import, ha de licitar-se de conformitat amb el que estableix el RDL 3/2011, i no pot adjudicar-se de forma directa per la concessionària, a pesar que la clàusula 6a del plec i contracte especifiquen clarament que les obres d'inversió (execució, ampliació, renovació i millora d'instal·lacions generals) seran executades pel concessionari.

Interpreta que el contracte, segons el seu objecte, afecta la gestió d'un servici públic, i no les obres d'inversió, que la competència correspon exclusivament a l'Ajuntament i, per tant, la seua adjudicació i execució seria independent de la gestió del servici públic.

Una altra qüestió d'interés de la mateixa alcaldia és determinar el finançament d'estes obres, en el cas que hagueren d'adjudicar-se per l'Ajuntament i en resultara adjudicatari un tercer i no la mercantil EGEVASA, ja que el mateix plec estableix en la clàusula 26 la possibilitat que siguen finançades íntegrament pel mateix concessionari, a més de fixar la forma de rescabalar el concessionari de la inversió realitzada en el termini de vigència del contracte.

Per això ens plantegem si el mateix concessionari estaria obligat a anticipar l'import de l'obra i rescabalar-se al llarg de la concessió administrativa.

L'última qüestió plantejada és que esta alcaldia considera la primera obra d'importància fonamental per al municipi, i d'especial rellevància per als interessos públics, per la qual cosa, a pesar de ser un contracte menor, ens plantegem si és possible, a elecció de la corporació, exigir garantia definitiva (cal citar a estos efectes l'Informe de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa 12/2002, de data 13 de juny del 2002, a l'adjudicatari del contracte, o al contrari seria il·legal adoptar esta decisió.

Atés allò que s'ha exposat, se sol·licita informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, perquè es pronuncie sobre les dues qüestions suscitades:

1. Tractament de les obres d'inversió que sorgisquen dins del marc del servici públic d'abastiment i subministrament d'aigua potable i clavegueram, quan el contracte i el plec estableixen de forma expressa que hauran d'executar-se de forma directa pel concessionari.
2. Possibilitat que la corporació exigisca garantia definitiva en els contractes menors, per a garantir possibles danys als interessos públics (danys a tercers, a instal·lacions municipals...).

L'alcaldeessa presidenta
M. Jesús Ramón Beltrán"

A petició de la Secretaria de la Junta (reg. d'eixida 3369, de 26 de novembre), s'han rebut posteriorment els plecs de condicions economicoadministratives i de condicions tècniques que regixen la contractació de la concessió de servici de distribució i abastiment d'aigua potable i clavegueram del municipi, així com el contracte administratiu corresponent formalitzat entre l'Ajuntament i l'empresa adjudicatària.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

D'acord amb el que estableix el plec de condicions economicoadministratives remés (d'ara en avant,

PCEA), el contracte a què es referix la consulta formulada per l'Ajuntament té per objecte la concessió i explotació del seu servici municipal de distribució i abastiment d'aigua potable i clavegueram i, per tant, es tracta d'un contracte de gestió de servicis públics en la modalitat de concessió. D'acord amb les dates de licitació i adjudicació del contracte, li són aplicables les normes de caràcter bàsic contingudes en l'article 253 i següents de la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant, LCSP), de conformitat amb allò que s'ha disposat en les seues disposicions finals primera i sèptima, així com en particular les normes corresponents del Reglament de Servicis de les Corporacions Locals, aprovat pel Decret de 17 de juny de 1955, d'acord amb la redacció vigent en les referides dates, i del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

La qüestió central plantejada en la consulta reflectix una situació recurrent i sobre la qual esta Junta considera necessari fixar una posició d'acord amb el que disposen les normes espanyoles de caràcter bàsic, d'acord al seu torn amb les directives europees en matèria de contractació d'obres i amb la resta de principis derivats de les normes en vigor. La qüestió a què ens referim és la que planteja si és possible encomanar al concessionari de l'explotació d'un servici públic, directament i sense cap licitació, l'execució de les obres que requerisca el manteniment, la renovació, la reforma o l'ampliació de les instal·lacions utilitzades per a la prestació del servici objecte de la concessió, encara que les dites obres no es troben expressament compreses en el contracte, per no haver sigut prèviament projectades o almenys succintament descrites i relacionades, ni el seu import o valor estimat fóra conegut i tingut en compte quan este es va licitar i va adjudicar.

En el cas que ens ocupa es tracta d'un contracte de concessió la duració del qual s'establix en 25 anys prorrogables i en els plecs de condicions del qual no consta cap referència a l'elaboració prèvia de l'avantprojecte d'explotació preceptiu del servici i al de les obres que foren necessàries, d'acord amb el que disposa l'article 117.2 de la LCSP, ni almenys una relació valorada d'obres que es consideren compreses en el contracte o un import màxim de les quals podran executar-se pel concessionari en compliment d'este. L'article 11 del plec de condicions economicoadministratives, en canvi, requerix que els licitadors presenten una proposta sobre la prestació del servici, en la qual s'inclou un pla de manteniment, conservació i reparació, i un estudi economicofinancer del servici que especifique els gastos a què dóna lloc "el pla d'actuació durant el període de la concessió", és a dir, durant els 25 anys següents.

No obstant això, les anteriors indeterminacions en l'objecte del contracte no van impedir que el plec esmentat incloga també altres clàusules que difícilment poden considerar-se conformes a dret. Concretament, l'article 26, que estableix que les "obres d'execució, ampliació, renovació i millora de les instal·lacions [...] seran executades pel concessionari i podran ser finançades per l'Ajuntament o pel concessionari de manera total o parcial, a voluntat de l'Ajuntament, sempre que prèviament es trobe la forma de rescabalar el concessionari de la inversió realitzada", o l'apartat 2 de l'article 28, que estableix que una de les obligacions del concessionari és "executar les obres d'inversió previstes en el futur pla director, així com les obres d'execució [sic], d'ampliació, renovació i millora de les instal·lacions generals d'abastiment i de la xarxa de distribució i sanejament", o l'article 29 que, en el seu apartat 7, inclou entre els drets del concessionari el d'"executar totes les obres relacionades amb l'objecte del contracte".

Per la seua banda, el plec de condicions tècniques (PCT) definix i distingix les obres de conservació i manteniment, que les assumirà el concessionari a "càrrec del servici", de les obres d'ampliació,

renovació, reforma i millora d'instal·lacions, així com altres d'obra civil, que aniran a càrrec de l'Ajuntament. Igualment, estableix el termini del primer any de concessió perquè el concessionari present el "pla director valorat de les obres i reformes que és necessari escometre" en les instal·lacions i xarxes de distribució d'aigua potable i de clavegueram del municipi, perquè ambdues parts, conjuntament, decidisquen "les fases de la seua execució i la millor forma de finançament".

Doncs bé, respecte a tot això, cal recordar que l'article 74 de la LCSP, actual article 86 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP), aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, estableix que l'objecte dels contractes del sector públic haurà de ser determinat i, en el cas dels contractes de gestió de servicis públics, l'article 117.2 de la LCSP (art. 133.2 del TRLCSP) estableix que, en els contractes d'esta classe que compreguen l'execució d'obres, "la tramitació de l'expedient anirà precedida de l'elaboració i aprovació administrativa de l'avantprojecte d'explotació i del corresponent a les obres necessàries, amb especificació de les prescripcions tècniques relatives a la seua realització", i afeg a més que en tal supòsit li seran aplicables els preceptes establits en la llei per als contractes de concessió d'obres públiques.

De la documentació remesa per l'Ajuntament consultat es desprèn que en la contractació objecte del present Informe s'ha omés el compliment dels preceptes anteriors, que tenen caràcter de legislació bàsica d'aplicació general a totes les administracions públiques i, en conseqüència, no és possible aplicar el que estableixen les clàusules dels plecs abans esmentats de forma tal que, incomplint el que disposa la llei, l'Ajuntament pugua adjudicar directament al concessionari, al marge dels procediments establits legalment, l'execució d'obres no expressament compreses en el contracte i que excedisquen les necessàries per a mantindre les instal·lacions que se li entreguen en un estat de conservació i manteniment adequats, a la qual cosa sí que esta obligat el concessionari en tot cas, tant pel que estableix el plec (art. 28 del PCEA) com pel que es desprèn de l'article 259 de la LCSP (actual art. 283 del TRLCSP), concordant també amb el que assenyala l'article 115 del Reglament de Servicis de les Corporacions Locals.

Cal destacar, especialment, que d'una altra forma, si s'aplicaren els preceptes del plec que permeten entendre que es pot encomanar directament i il·limitadament al concessionari l'execució d'obres no determinades en el contracte, es contravindrien obertament els principis generals de la contractació del sector públic, establits en l'article 1 de la LCSP, entre els quals, junt amb la llibertat d'accés a les licitacions, la publicitat i transparència dels procediments i la no-discriminació i igualtat de tracte entre els candidats, s'establix l'exigència de la definició prèvia de les necessitats a satisfer amb la contractació, la salvaguarda de la lliure competència i la selecció de l'oferta més avantatjosa, com a mitjà d'assegurar una utilització eficient dels recursos destinats a la realització d'obres o a la prestació de servicis i a l'adquisició de béns. En el cas sotmés a consulta, difícilment pot donar-se el compliment adequat a tals principis si s'omet la licitació i, en conseqüència, se sostrau de la competència la contractació de les obres d'ampliació, renovació o millora de les instal·lacions d'abastiment d'aigua potable o de la xarxa de sanejament.

Relacionat amb tot això, ha d'advertir-se també que en el plec pot observar-se una infracció del que disposa la llei, relativa a la solvència i aptitud exigida als licitadors participants en la contractació i que va poder afectar el mateix adjudicatari. El contracte objecte del present informe és de gestió de servicis públics i no sols eludix qualsevol valoració de les obres que hauran d'executar-se sinó que, a més, tant quant a la solvència econòmica com a la tècnica o professional

no hi ha cap condició o requisit mínim que haja de posseir l'empresari que haja d'executar el contracte, tal com es requerix en l'article 51 de la LCSP (art. 62 del TRLCSP). L'article 11 del PCEA deixa a l'arbitri dels licitadors aportar qualsevol document dels relacionats en la LCSP com a mitjans d'acreditació de la solvència econòmica i de la solvència tècnica, esta última per a contractes de servicis, sense establir cap requisit mínim per a una o altra i sense requerir cap experiència en l'execució d'obres, ni tan sols l'exigència de compliment de la norma especial sobre capacitat establida per a les persones jurídiques en l'article 46.1 de la LCSP (actual 57.1 del TRLCSP), suficient per a poder executar les obres compreses en el contracte.

Finalment, pel que fa a la possibilitat de finançament de l'execució de les obres referides en la consulta, hem d'informar que, sense perjuí de l'obligació de licitar i adjudicar la seua contractació de conformitat amb el que establíx la legislació de contractes del sector públic, no observem cap inconvenient des del punt de vista de la dita legislació que, en els termes que preveu el contracte, pugui el concessionari finançar-les rebent com a contraprestació per les quantitats efectivament invertides els imports que siguen procedents i s'acorden durant el termini d'execució del contracte, bé a càrrec de les tarifes pagades pels usuaris o bé a càrrec dels pressupostos municipals.

En últim terme, se sol·licita informe sobre la possibilitat de sol·licitar garantia definitiva en els contractes menors. Com és sabut, els contractes menors es definixen exclusivament per la seua quantia. D'acord amb això, l'article 138.3 del TRLCSP establíx les quanties per a considerar la contractació com a menor, a més de significar que en estos casos els contractes menors podran adjudicar-se directament a qualsevol empresari amb capacitat d'obrar i que compte amb l'habilitació professional necessària per a realitzar la prestació, complint les normes establides en l'article 111. Per la seua banda, l'article 111 del TRLCSP ens indica els requisits de tramitació de l'expedient en els contractes menors, a saber:

1r. La tramitació de l'expedient només exigirà l'aprovació del gasto i la incorporació a este de la factura corresponent.

2n. En el contracte menor d'obres haurà d'afegir-se, a més, el pressupost de les obres, sense perjuí que haja d'existir el projecte corresponent quan normes específiques així ho requerisquen. Haurà igualment de sol·licitar-se l'informe de supervisió a què es referix l'article 125 quan el treball afecte l'estabilitat, seguretat o estanquitat de l'obra.

Per la seua banda, l'article 72.1 del Reglament General de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, vigent en este aspecte, assenyala que en els contractes menors podrà fer de document contractual la factura pertinent.

D'una altra part, és consubstancial a la contractació menor la duració, que mai no podria ser superior a un any, ni ser objecte, per consegüent, de pròrroga, segons diu l'article 23.3 del TRLCSP.

Per tant, i de la dicció literal de l'article 95.1 del TRLCSP, "els que presenten les ofertes econòmicament més avantatjoses en les licitacions dels contractes que realitzen les administracions públiques hauran de constituir a disposició de l'òrgan de contractació una garantia d'un 5 per 100 de l'import d'adjudicació, exclòs l'Impost sobre el Valor Afegit", res fa concloure la possibilitat d'exigència en la contractació menor de la constitució de garantia definitiva.

CONCLUSIONS

PRIMERA. La contractació de l'execució d'obres per al funcionament d'un servici públic gestionat en règim de concessió que no es troben expressament i detalladament relacionades i compreses en el contracte de gestió de servicis públics corresponent, es troba sotmesa a les normes de caràcter bàsic de la Llei de Contractes del Sector Públic i ha d'adjudicar-se per mitjà dels procediments que s'hi regulen que resulten adequats al seu import i característiques.

SEGONA. De conformitat amb allò que disposa l'article 133 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, quan un contracte de gestió de servicis públics comprega l'execució d'obres, és preceptiva la prèvia elaboració i aprovació administrativa de l'avantprojecte d'explotació i del corresponent a les obres necessàries, amb anterioritat a la seua licitació i adjudicació.

TERCERA. De la regulació dels contractes menors en el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP) i de la dicció literal de l'article 95.1 del text esmentat, res fa concloure la possibilitat d'exigència de garantia definitiva en la contractació menor.

El present Informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA

Vist i plau

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(per substitució, art. 1.ª, Orde d'11
de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA en data 17 de
febrer de 2015.

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA