

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau ,12-3r planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 6013072
Correu: secretària_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: informe 9/2016

INFORME 9/2016, DE 30 DE NOVEMBRE DE 2016. NUL·LITAT DE L'OBLIGACIÓ DE CONCESSIÓ DE PRÉSTEC EN UNA LICITACIÓ.

ANTECEDENTS

En data 27 de setembre de 2016, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Crevillent, per mitjà del qual formula consulta del tenor literal següent:

«El Sr. César Augusto Asencio Adsuar, Alcalde de l'Excm. Ajuntament de Crevillent, a l'empara del que disposa l'article 3 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 es regulen els registres oficials de contractes i de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, eleva a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat la consulta següent:

Amb caràcter previ a la formalització de la consulta, esmentem els antecedents següents:

1) En data 17 de gener de 2004 es formalitza contracte de "Concessió del Servei Municipal d'Arreplega de Residus, Neteja Viària i Serveis Complementaris" amb l'empresa Servicios de Levante, SA, (SELESA) amb una durada de 10 anys mes pròrrogues anuals fins a la nova provisió del servei, contracte que es troba actualment prorrogat fins al 31 d'octubre de 2016.

2) Per part d'aquest Ajuntament es va iniciar l'any 2013 expedient per a la nova contractació de la "Gestió del Servei Públic d'Arreplega, Transport de Residus, Neteja Urbana i Gestió de l'Ecoparc", i es va aprovar l'expedient per Acord del Ple de data 27 d'octubre de 2014, que es va adjudicar per Acord del Ple de data 20 d'abril de 2016 [vol dir 2015] a la mercantil Fomento de Construccions y Contratas, SA, (FCC, SA), i en data hui es troba pendent de formalització, ja que l'acord d'adjudicació referit va ser objecte de recurs especial en matèria de contractació davant el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC), que el va estimar, i posteriorment la resolució del TACRC va ser objecte de recurs contenciós administratiu davant el Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, interposat per FCC, SA, dictant sentència el TSJCV per la qual s'estima el recurs interposat, anul·la la resolució del TACRC i declara ajustat a dret l'Acord d'adjudicació del Ple de data 20 d'abril de 2015, i comunica a aquest Ajuntament la fermesa de la sentència a què s'ha fet referència en data 27 de juliol de 2016.

En el plec de clàusules administratives particulars reguladores del contracte pendent de formalització i adjudicat a FCC, SA, es va incloure la clàusula següent núm. 23, i també l'annex I, del tenor literal següent.

“23. FINANÇAMENT DE LES INVERSIONS AFECTES AL SERVEI QUE S'ADSCRIUEN AL CONCESSIONARI

Correspon a l'adjudicatari assumir el finançament de les inversions del servei que se li adscriuen consistent en el Parc de Serveis d'Arreplega de Residus i Neteja Viària, per import un de 915.828,10 euros. L'esmentat import haurà de ser ingressat en la Tresoreria Municipal amb antelació a l'adjudicació del contracte.

Per a fer front a l'esmentat finançament, el concessionari percebrà mensualment la quantitat de 5.068,00 euros, quantia que inclou el pagament d'interessos i l'amortització del capital, segons taula que figura en l'annex I.

L'esmentat import no serà objecte de revisió durant la vigència del contracte i, si és el cas, les possibles pròrrogues, ni podrà ser considerat als efectes d'un possible restabliment de l'equilibri econòmic de la concessió.

Correspondrà a l'Ajuntament satisfer al concessionari la quantitat pendent d'amortització en el moment de finalització o resolució del contracte, siga quina siga la seua causa.

La quantitat pendent d'amortitzar en cada data serà la que derive d'un quadre d'amortització d'un préstec, calculat segons un sistema francès postpagable, per l'import de 915.828,10 euros, a un tant nominal del 4,25 per cent anual del qual resulta un tipus d'interés mensual de 0,354167 per cent i un termini de 289 mensualitats a comptar des de l'inici de la vigència del contracte. Segons quadre d'amortització que s'inclou com annex I d'aquest plec.

Mensualment s'emetrà factura, exempta d'IVA, per import de 5.068 euros, en la qual es farà referència a l'import principal del préstec, al nombre de mensualitat que es correspon segons el quadre de l'annex I, desglossant la part de capital i interessos i informant del capital pendent d'amortitzar després del pagament de la quota, tot això de conformitat amb el quadre d'amortització del préstec establert, l'annex I.”

[...] (A continuació consta reproduït l'annex I on figura el quadre d'amortització del préstec, amb les 289 mensualitats.)

«La inclusió de la clàusula 23 del PCAP i l'annex I més amunt exposats, porten causa del contracte, encara en vigor, de “Concessió del Servei Municipal d'Arreplega de Residus, Neteja Viària i Serveis complementaris”, amb l'empresa Servicios de Levante, SA, tal com consta en l'informe de la Tresoreria Municipal de data 24 de setembre de 2014, que forma part de l'expedient de contractació, que ara ens ocupa, adjudicat a FCC, SA, i que a efectes aclaridors i com a antecedents es transcriu a continuació:



“En data 15 de març de 2006, SELESA proposa que la partida de 24.000 euros anuals que en concepte de lloguer d’instal·lacions preveu el contracte del servei públic d’arregla i transport de residus sòlids urbans, neteja viària i serveis complementaris puga repercutir en la construcció d’una instal·lació que revertisca al patrimoni de l’Ajuntament amb les condicions de finançament següents:

La instal·lació es pressuposta en 824.357 euros. Estimant un coeficient (Kt) de revisió de preus constant d’1,045, el capital s’amortitzaria en un període de 30 anys i dos mesos i suposaria un cost previst d’1.679.795 euros.

El finançament romandria mentre es mantinga la relació contractual entre l’Ajuntament de Crevillent i SELESA. En el cas de cessament de l’esmentada relació, el nou adjudicatari haurà de satisfer l’import pendent d’amortitzar.”

Atenent a la proposta anterior, el Ple de l’Ajuntament de Crevillent, de data 25 d’abril de 2006, va adoptar els acords següents:

“Primer. Aprovar la substitució del lloguer de l’immoble, inclòs en l’oferta econòmica per un import de 24.000 euros anuals, per la construcció d’una instal·lació.

Segon. Fixar el cost del projecte en 824.357 euros, quantitat a amortitzar en un termini màxim de 30 anys i dos mesos. De l’esmentat import es compensarà el fons de 112.417,5 euros corresponents a la partida de la plica de reforma del parc central.

Tercer. El projecte es finançarà per mitjà de compensació amb l’import del lloguer de parc actualitzat anualment pel Kt que aprobe el Ple una vegada realitzada la construcció.

Quart. L’import proposat per SELESA, amb caràcter provisional, ha de ser objecte d’actualització definitiva en la revisió de preus de cada exercici.”

En data 23 de juny de 2009, SELESA comunica a l’Ajuntament de Crevillent que el pressupost total de construcció del parc de serveis i la prolongació del col·lector municipal ascendeix a la quantitat de 1.114,571 euros i sol·licita l’aprovació de la repercussió a l’Ajuntament per mitjà de la forma de finançament aprovada pel Ple municipal de data 25 d’abril de 2006.

En data 16 de febrer de 2011, SELESA comunica a l’Ajuntament de Crevillent, entre altres, les qüestions següents:

- L’exploració de les instal·lacions del parc de serveis s’inicia l’1 de juny de 2009.
- En relació a la compensació del fons de 112.417,5 euros, atenent que l’Acord del Ple de data 25 d’abril de 2006 no estableix els termes de la compensació, es proposen dues formes d’amortització.

En ambdós casos, a la finalització del contracte quedara com a deute de l’Ajuntament de Crevillent

el capital pendent d'amortitzar, que haurà de satisfer el nou adjudicatari del servei.

En data 29 de gener de 2013, SELESA comunica a l'Ajuntament de Crevillent, entre altres, les qüestions següents:

Advertit error per part de la Tresoreria Municipal i dels tècnics de l'empresa en la quantia a finançar en la proposta presentada el 16 de febrer de 2011, es proposa per a la seua aprovació una nova proposta amb les quantia ja corregides, i també les corresponents a obres complementàries no previstes que sumen 14.265 euros. Així el capital a finançar és de 915.828,10 euros i es proposen les condicions següents:

Interés financer del 4,25 euros segons proposta de l'any 2005.

Termini d'amortització de 30 anys i dos mesos, segons Acord del Ple de data 25 d'abril.

Quota anual no inferior als interessos corresponents al període: en cas de ser la quota superior a la partida de lloguer de les instal·lacions inclosa en el contracte de serveis, ha de practicar-se una liquidació addicional, de manera que queden establits períodes de carència inicials.

El capital a finançar correspon a les inversions realitzades, més despeses associades a l'obra, menys l'import de la millora inclosa en el contracte.

Per Acord del Ple de 30 de juny de 2014 i existint dictamen de la Consultora Garrigues sobre la construcció de la nau en el si del contracte de gestió del servei públic d'arregla i transport de residus sòlids urbans, neteja viària i serveis complementaris del municipi, de juny de 2010 i informe de la Consultora Faura-Casas, de 30 de desembre de 2013, sobre els efectes econòmics financers de l'Acord del Ple de data 24 de maig de 2006 relatiu al finançament de les instal·lacions realitzades per SELESA, es va aprovar en l'exercici de l'*ius variandi*:

El quadre d'amortització del deute amb la mercantil SELESA.

L'obligació de pagar el saldo pendent d'amortitzar en el moment de finalització del contracte.

Es va declarar la intenció d'arreglar en els plecs de la futura contractació del servei, la condició que l'adjudicatari d'aquesta siga el que assumisca el cost de la inversió pendent d'amortitzar de satisfer a SELESA.

CONSIDERACIONS

Primer. D'acord amb els antecedents citats *ut supra* i en concret amb l'Acord de Ple de 30 de juny de 2014, l'Ajuntament ha de tornar a la mercantil SELESA la quantitat de 915.828,10 euros del cost de la construcció de la nau de serveis en el si del contracte de gestió del servei públic d'arregla de residus sòlids urbans, neteja viària i serveis complementaris.

Per a això, l'Ajuntament en la licitació del nou contracte de gestió del servei públic d'arregla de



residus sòlids urbans i neteja viària haurà de preveure una clàusula en què l'adjudicatari s'obliga a aportar en el moment d'inici del contracte la quantitat de 915.828,10 euros, en concepte de préstec. Amb les característiques següents, 289 períodes mensuals tipus d'interés anual el 4,25 euros i sistema d'amortització de quota constant i postpagable. Resultant un quadre d'amortització que es resumeix i que en el seu detall s'annexa al present informe.

Obligant-se l'Ajuntament a pagar la quota mensual que resulte. I obligant-se l'Ajuntament en el moment que finalitze la concessió a reembossar la quantitat pendent d'amortitzar que resulte del quadre que s'annexa en funció del temps efectiu que dure la concessió.

Segon. Del mateix informe de la Consultora Faura Cases, de 30 de desembre de 2013, es desprén l'oportunitat de la inclusió d'aquesta clàusula en el contracte des d'una perspectiva financera, en aconseguir-se el finançament a un termini superior a què s'aconseguiria en el mercat financer i en unes condicions de tipus fix que a judici de qui subscriu són raonables.

L'oportunitat d'aconseguir un finançament a major termini, ve des d'una perspectiva econòmica i d'hisenda pública, en considerar-se que les inversions, i en major grau les públiques, han de finançar-se en un marc temporal pròxims a la vida útil.

Així la nau de serveis de neteja viària i residus sòlids, posada en funcionament l'1 de juny de 2009, se li assigna un coeficient màxim d'amortització del 3 per cent, és a dir 33 anys. Sent preferible una opció més pròxima als 30 anys que als 15 anys, segons les taules d'amortització aprovades com a document annex al Reglament de l'impost sobre societats aprovat per Reial Decret 1777/2004.

CONCLUSIONS

Primera. Es considera convenient des d'una perspectiva econòmica financera buscar el finançament de l'obra en el si del contracte de gestió del servei públic d'arreglada de residus sòlids urbans, neteja viària, per ser el període de finançament més pròxim a la vida útil de la inversió i així poder distribuir en el temps els beneficis i les càrregues d'aquesta. Fixar un préstec a tipus fix té un avantatge a l'hora de la gestió pressupostària i d'altra banda el tipus es considera raonable.

Segona. Per a complir el que s'ha assenyalat en l'acord plenari de juny de 2014, haurà d'incloure's en el plec del contracte de gestió del servei públic d'arreglada de residus sòlids urbans, neteja viària, l'obligació de l'adjudicatari d'abonar en el moment d'inici del contracte una quantitat de 915.828,10 euros en concepte de préstec. Que serà reemborsada parcialment d'acord amb les condicions següents, 289 períodes mensuals a un 4,25 per cent anual de tant nominal 0,35416666666667 per cent i el quadre resum del qual es desglossa i el quadre sencer s'hi annexa:

ANNEX (MATEIX ANNEX I CLÀUSULA 23 PCAP)

Havent de ressenyar-se en el plec, l'obligació de l'Ajuntament de reintegrar en el moment de finalització de la concessió el saldo pendent d'amortitzar a aqueixa data."

Atés l'anterior, i com ha quedat exposat més amunt, s'inclou en el plec de clàusules administratives particulars reguladores de la contractació de la "Gestió del servei públic d'arregla, transport de residus, neteja urbana i gestió de l'Ecoparc", la referida clàusula 23 i l'annex I, i també altres relacionades amb aquests, com són les clàusules cinquena i dessetena, que s'exposen a continuació:

"CINQUENA. PRESSUPOST DE CONTRACTACIÓ

El pressupost màxim de licitació ascendeix a un total d'un milió nou-cents cinquanta-dos mil vint-i-set euros amb noranta cèntims anuals (1.952.027,90 €/any), IVA exclòs. A la quantitat anterior li correspon en concepte del 10 per cent de l'impost sobre el valor afegit, 195.202,79 euros, el que fa un total de dos milions cent quaranta-set mil dos-cents trenta euros amb seixanta-nou cèntims anuals (2.147.230,69 euros/any) IVA inclòs. Aquest pressupost correspon als serveis d'arregla i neteja, sense incloure el cost d'eliminació.

Adicionalment a les quanties que queden establides després del procés de licitació pels serveis d'arregla i neteja, el concessionari percebrà anualment la quantitat de 60.816,00 euros en concepte d'amortització de capital i interessos pel finançament de les inversions que es regulen en la clàusula 23 i el quadre d'amortització inclòs en l'annex I.

S'han complit els tràmits precisos per a assegurar l'existència de crèdit pressupostari en les aplicacions pressupostàries: 10-1620-22740, 10-1620-22742, 10-1620-22743, 10-4310-22700, per a atendre a les obligacions que es deriven per a aquesta entitat local del compliment del contracte.

En el cas que l'execució del contracte haja d'iniciar-se en l'exercici següent al de la seua formalització, l'adjudicació queda sotmesa a la condició suspensiva de l'existència de crèdit adequat i suficient per a finançar les obligacions derivades del contracte en el pressupost de l'exercici corresponent.

El valor estimat del contracte, calculat d'acord amb el que disposa l'article 88 del TRLCSP és de 30.192.658,5 euros per a una durada deu anys i la possibilitat de pròrrogues anuals fins a un màxim de cinc anys. El valor estimat del contracte, inclou el pressupost màxim de licitació, IVA exclòs, i també la quantitat que el concessionari percebrà anualment en concepte d'amortització de capital i interessos pel finançament de les inversions que es regulen en la clàusula 23 i el quadre d'amortització inclòs en l'annex I, és a dir, de 60.816,00 euros.

DESSETENA. ADJUDICACIÓ

L'adjudicació del contracte correspon al Ple.

L'òrgan de contractació classificarà, per ordre decreixent, les proposicions presentades i que no hagen sigut declarades desproporcionades o anormals d'acord amb allò que s'ha assenyalat en l'article 152. Per a realitzar l'esmentada classificació, atindrà als criteris d'adjudicació assenyalats en el plec, podent sol·licitar per a això tots els informes tècnics que considere pertinents.



L'òrgan de contractació requerirà al licitador que haja presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa perquè, dins el termini de deu dies hàbils, a comptar des de l'endemà d'haver rebut el requeriment, presente la documentació justificativa de trobar-se al corrent en el compliment de les seues obligacions tributàries i amb la Seguretat Social o autoritze a l'òrgan de contractació per a obtindre'n de forma directa l'acreditació, de disposar efectivament dels mitjans que s'haja compromés a dedicar o adscriure a l'execució del contracte conforme a l'article 64.2, i d'haver constituït la garantia definitiva que siga procedent. Els corresponents certificats podran ser expedits per mitjans electrònics, informàtics o telemàtics, llevat que s'establisca una altra cosa en els plecs. Es delega en l'Alcaldia la competència per a efectuar els actes referits en aquesta clàusula, previs a l'adjudicació del contracte.

L'adjudicatari haurà de presentar la documentació següent:

- Certificació de trobar-se al corrent en el compliment de les seues obligacions tributàries.
- Certificació de trobar-se al corrent en les seues obligacions amb la Seguretat Social.
- Alta o últim rebut de l'impost sobre activitats econòmiques, en l'epígraf corresponent a l'objecte del contracte, que els facilite per al seu exercici en el municipi.
- Documents acreditatius de l'efectiva disposició dels mitjans que, si és el cas, s'hagen compromés a dedicar o adscriure a l'execució del contracte.
- Rebut en vigor i pòlissa d'assegurança que cobrisca prou la responsabilitat civil per a tots els riscos possibles derivats de la concessió.
- Justificant d'haver constituït la garantia definitiva equivalent al 5 per cent del preu d'adjudicació, exclòs l'impost sobre el valor afegit, en qualsevol de les formes establides en l'article 96 del TRLCSP. La garantia definitiva respondrà dels conceptes mencionats en l'article 100 del TRLCSP.
- Justificant d'haver ingressat en la Tresoreria Municipal l'import de 915.828,10 euros, en concepte de finançament de les inversions del servei que se li adscriuen consistent en el parc de serveis d'arreglada de residus i neteja viària, d'acord amb el que estableix la clàusula 23 d'aquest plec.

Si no s'acompleix adequadament el requeriment en el termini assenyalat, s'entendrà que el licitador ha retirat la seua oferta, i en aqueix cas es procedirà a demanar la mateixa documentació al licitador següent, per l'ordre en què hagen quedat classificades les ofertes."

CONSULTA

Atés l'anterior, es planteja en aquests moments, per part de la Intervenció i Tresoreria Municipals, i en tot cas, una vegada es perfeccione el contracte per mitjà de la seua formalització, la necessitat d'amortitzar anticipadament part del préstec a què es fa referència en la clàusula 23 i l'annex I del plec de clàusules administratives particulars del contracte que ens ocupa, i això, motivat per l'obligació legal existent de destinar íntegrament els ingressos obtinguts per damunt dels previstos

en el pressupost, a la reducció del nivell de deute públic de conformitat amb el que preveu l'article 12.5 de la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera, i també l'obligació de la destinació del superàvit pressupostari a la reducció del nivell d'endeutament net en els termes que preveu l'article 32 i la disposició addicional sisena de l'esmentada llei. A més, argumenten que si bé no es fa constar en el PCAP, de manera expressa, la possibilitat d'amortització anticipada del préstec, aquesta possibilitat és una característica consubstancial a qualsevol contracte de préstec. I si és necessari, es proposa que es modifiqui el contracte, per a evitar contravenir l'esmentada norma.

No obstant això, per part del departament de contractació es plantegen dubtes sobre la possibilitat de la seua modificació i si ens trobaríem davant una modificació essencial del contracte.

En aquest sentit, el PCAP destina la seua clàusula 29 a la modificació del contracte, i es remet al que estableix el TRLCSP, que, literalment, és com segueix:

“D'acord amb el que estableix l'article 282 del TRLCSP, l'Administració podrà modificar per raons d'interés públic i si concorren les circumstàncies previstes en el títol V del llibre I, les característiques del servei contractat, i d'acord amb el procediment regulat en l'article 211 i 108, que seran els supòsits establits en l'article 107 per a la modalitat de modificacions no previstes en la documentació que regeix la licitació.

Quan les modificacions afecten el règim econòmic financer del contracte, l'Administració haurà de compensar el contractista de manera que es mantinga l'equilibri dels supòsits econòmics que van ser considerats com a bàsics en l'adjudicació del contracte.

En el cas que els acords que dicte l'Administració pel que fa al desenvolupament del servei no tinguen transcendència econòmica, el contractista no tindrà dret a indemnització per raó d'aquests.

L'Administració haurà de restablir l'equilibri econòmic del contracte, en benefici de la part que corresponga, en els supòsits següents:

- a) Quan l'Administració modifiqui, per raons d'interés públic i d'acord amb el que estableix el títol V del llibre I, les característiques del servei contractat.
- b) Quan actuacions de l'Administració determinaren de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte.
- c) Quan causes de força major determinaren de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte. A aquests efectes, s'entendrà per causes de força major les enumerades en l'article 231 d'aquesta llei.

En els supòsits previstos en l'apartat anterior, el restabliment de l'equilibri econòmic del contracte es realitzarà per mitjà de l'adopció de les mesures que en cada cas siguin procedents. Aquestes mesures podran consistir en la modificació de les tarifes a abonar pels usuaris, la reducció del



termini del contracte i, en general, en qualsevol modificació de les clàusules de contingut econòmic incloses en el contracte. Així mateix, quan actuacions de l'Administració o causes de força major determinaren de forma directa la ruptura substancial de l'economia del contracte, entenent-se a aquests efectes, per causes de força major, les enumerades en l'article 231 del TRLCSP, podrà prorrogar-se el termini del contracte per un període que no excedisca d'un 10 per cent de la seua durada inicial, respectant els límits màxims de durada previstos legalment.

No obstant això, en el cas d'ampliacions serà necessari justificar que aquestes no poden ser realitzades per mitjà de reorganització del servei i dels mitjans oferits per l'adjudicatari.

Les modificacions del contracte hauran de formalitzar-se d'acord amb el que disposa l'article 156 TRLCSP".

De les determinacions contingudes en el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, resulta una regulació restrictiva de les modificacions contractuals, i en l'article 219 s'estableix que els contractes administratius només podran ser modificats per raons d'interés públic en els casos i en la forma previstos en el títol V del llibre I. Dos són, per tant, els requisits acumulatius que han d'exigir-se, d'una banda, l'acreditació de raons d'interés públic, i, d'una altra, la concurrència d'algun dels casos previstos en el títol V del llibre I, és a dir, articles 105 a 108.

De l'article 105 resulten dos casos en què cap la modificació dels contractes: "[...] quan s'haja previst en els plecs o en l'anunci de licitació o en els casos i amb els límits establits en l'article 107. I, en qualssevol altres supòsits, si fóra necessari que la prestació s'executara en forma diferent de la pactada, inicialment haurà de procedir-se a la resolució del contracte en vigor i a la celebració d'un altre sota les condicions pertinents".

Per tant, hem d'analitzar, en primer lloc, si el PCAP preveu la possibilitat de modificació del contracte, i a falta d'això, analitzar si es donen alguns dels supòsits de l'article 107. Analitzat el PCAP, i en particular la seua clàusula 29, ens trobem davant una modificació contractual no prevista en la documentació que regeix la licitació, per la qual cosa falta en aquest cas, com a conseqüència del seu caràcter, el requisit de publicitat prèvia, havent d'actuar amb major cautela encara si és possible, a fi d'evitar abusos no volguts per la llei.

Constatat l'anterior, efectivament, concorre en el supòsit que ens ocupa raó d'interés públic, que no és un altre que l'obligació de reducció del nivell d'endeutament municipal. No obstant això, a més que l'interés públic haja de ser clar, patent i indubtable (Dictamen del Consell d'Estat número 42179, de 10 de maig de 1991), ha d'aclarir-se que la concurrència de raons d'interés públic constitueix requisit necessari, però no suficient per a poder escometre una modificació contractual.

D'una anàlisi del plec de condicions, es desprén que ens trobem en realitat amb dos contractes, un de caràcter administratiu i un altre de caràcter privat. Un primer contracte, el principal de gestió de servei públic, que té per objecte la gestió del servei públic d'arreglada de residus sòlids urbans i neteja viària. I un contracte accessori de préstec, regulat succintament en la clàusula 23 del PCAP i en l'annex I.

Atés l'anterior, cal plantejar-se dues possibilitats:

A) Atendre al caràcter *lex contractus* del PCAP, i estar al que estableix aquest, entenent-ho com un tot, i invocar que hi ha un error en el plec, en no preveure la possibilitat d'amortització anticipada en la clàusula 23 i annex I del PCAP i incloure'l en el supòsit 107.1.a del TRLCSP (inadequació de la prestació contractada per a satisfer les necessitats que pretenen cobrir-se per mitjà del contracte a causa d'errors o omissions patits en la redacció del projecte o de les especificacions tècniques). Atés que en última instància podria suposar que el PCAP contravé la normativa de la Llei Orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'Estabilitat Pressupostària i Sostenibilitat Financera.

En aquest cas, ens trobaríem un segon escull, en l'article 107, perquè en el seu apartat segon estableix que "La modificació del contracte acordada d'acord amb el que preveu aquest article no podrà alterar les condicions essencials de la licitació i adjudicació, i haurà de limitar-se a introduir les variacions estrictament indispensables per a respondre a la causa objectiva que la faça necessària."

I en el seu apartat tercer disposa que "A l'efecte del que preveu l'apartat anterior, s'entendrà que s'alteren les condicions essencials de licitació i adjudicació del contracte en els casos següents:

a) Quan la modificació varí substancialment la funció i característiques essencials de la prestació inicialment contractada.

b) Quan la modificació alteri la relació entre la prestació contractada i el preu, tal com aqueixa relació va quedar definida per les condicions de l'adjudicació.

[...]

e) En qualssevol altres casos en què pugui presumir-se que, d'haver sigut coneguda prèviament la modificació, hagen concorregut al procediment d'adjudicació altres interessats, o que els licitadors que hi van prendre part hagen presentat ofertes substancialment diferents de les formulades."

Particularment preocupa el supòsit previst en l'apartat e del precepte a què s'ha fet referència, que constitueix una clàusula de tancament o residual on caben tots aquells supòsits no mencionats en altres apartats, però que igualment pogueren distorsionar la competència. En aquest sentit la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea en l'assumpte C-496/99, Comissió/CAS Succhi di Frutta, i també la Comissió Europea en la seua comunicació interpretativa de 5 de febrer de 2008, entenen com a essencial aquelles modificacions que si hagueren figurat en l'anunci de licitació o en els plecs, hagueren permés presentar als licitadors una oferta substancialment diferent, enumerant-se com a essencials en l'assumpte referit C-496/99 P, "La relativa a les modalitats de pagament dels productes que han de subministrar-se" i en la comunicació esmentada "l'objecte dels treballs o dels serveis a prestar per l'adjudicatari o el cànon imposat als usuaris del servei prestat per l'adjudicatari".

La Sentència del TJUE abans esmentada, conclou que els poders adjudicadors han de donar als



operadors econòmics un tractament igualitari i no discriminatori, i obrar amb transparència tant en la fase anterior a l'adjudicació del contracte com a la seua execució. Tal com va assenyalar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en Informe 47/1998, de 17 de març de 1999, "han de fixar-se els límits a les possibilitats de modificació bilateral dels contractes en el sentit que, per mitjà d'aquestes no puguen ser alterades les bases i criteris a què respon l'adjudicació dels contractes per mitjà del sistema de licitació pública. De manera que celebrada per mitjà de licitació pública l'adjudicació d'un contracte la solució que presenta l'adjudicació per a l'adjudicatari, quant a preu i la resta de condicions, no pot ser alterada substancialment per via de modificació consensuada, ja que això suposa un obstacle als principis de lliure concurrència i bona fe que ha de presidir la contractació de les administracions públiques, tenint en compte que els licitadors distints de l'adjudicatari podien haver modificat les seues proposicions si hagueren sigut coneixedors de la modificació que posteriorment es produeix".

Encara que atenent al criteri dels serveis econòmics, es podria considerar desproporcionat i contrari a l'equitat aplicar les limitacions de l'article 107.3 *strictu sensu* a la modificació d'una clàusula d'un contracte accessori i entendre que les esmentades limitacions han d'operar per al contracte principal.

B) Partir del fet de trobar-nos en el PCAP amb dos contractes, un de caràcter administratiu i un altre de caràcter privat. Un primer contracte, el principal de gestió de servei públic, que té per objecte la gestió del servei públic d'arreglaga de residus sòlids urbans i neteja viària. I un contracte accessori de préstec regulat succintament en la clàusula 23 i en l'annex I del PCAP.

El contracte principal està sotmés en la seua totalitat a la normativa del TRLCSP, mentre que l'accessori té la naturalesa de privat. Respecte d'això, i per la seua importància en el cas que ens ocupa, es fa necessari assenyalar que el TRLCSP, disposa en el seu article 20.2 que seran aplicables als contractes privats les normes contingudes en el títol V del llibre I, no obstant això, si ens remetem als antecedents més amunt exposats (informe de 24 de setembre de 2014, del tresorer municipal) es constata que el préstec referit, suposa la subrogació en la part del prestatari d'un préstec ja concedit per l'anterior concessionari i que data de l'any 2006, aprovant-se les seues condicions per Acord del Ple de data 25 d'abril de 2006.

L'any 2006 es trobava en vigor el Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, que en el seu article 9 regulava el règim jurídic dels contractes privats, el qual estableix que "Els contractes privats de les administracions públiques es regeixen, pel que fa a la seua preparació i adjudicació, en defecte de normes administratives específiques, pel TRLCAP i les seues disposicions de desplegament i, pel que fa als seus efectes i extinció, per les normes de dret priva". És posteriorment, amb l'entrada en vigor del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, quan les normes relatives a la modificació dels contractes, previstes en el títol V del llibre I, resulten d'aplicació, també, als contractes privats. Considerant, per tant, no aplicables els articles 105 a 108 del TRLCSP al contracte de préstec referit, i, en conseqüència, es pot modificar la clàusula 23 i l'annex I del PCAP sense atendre a les limitacions i restriccions que estableix l'actual normativa en matèria de contractació pública.

Atés l'anterior, es planteja el dubte sobre la qualificació que caldria donar a la modificació de la clàusula 23 i l'annex I del PCAP *en el sentit de procedir a l'amortització anticipada del préstec a què fan referència, és a dir, si ens trobem davant una modificació essencial de les condicions del contracte, i per tant no permesa, o, si al contrari, no entraria dins d'aqueixa categoria, podent dur-se a terme tal modificació*. Màximament pel conflicte que genera amb l'aplicació de la Llei Orgànica 2/2012.

Pel que s'ha exposat, se sol·licita a aqueixa Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat que tinga a bé informar sobre la possibilitat de modificació de la clàusula 23 i annex I del PCAP que ens ocupa, per mitjà de l'amortització anticipada del préstec a què es refereixen (una vegada perfeccionat el contracte per mitjà de la seua formalització) o si al contrari no concorren les circumstàncies previstes en el títol V del llibre I del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, i per tant, no té cabuda la modificació objecte d'aquesta consulta.»

A petició de la Secretaria de la Junta, en data 13 d'octubre de 2016, s'ha rebut còpia del plec de clàusules administratives particulars aprovat pel Ple de la corporació en data 27 d'octubre de 2014, i també certificació de l'acord del mateix òrgan, de 26 de setembre de 2016, pel qual *es rebutja alçar la suspensió recaiguda sobre el procediment de contractació i la formalització del contracte*. En l'esmentada certificació consten les circumstàncies següents succeïdes en el procediment citat:

- L'adjudicació del contracte, acordada pel Ple de l'Ajuntament el 20 d'abril de 2015, va ser objecte de recurs especial en matèria de contractació i anul·lada per Resolució 548/2015, de 12 de juny, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, que va disposar la nul·litat del procediment de licitació per qualificació errònia o indeguda del contracte.
- Interposat recurs contenciós administratiu per l'empresa adjudicatària contra l'esmentada Resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, l'Ajuntament va acordar el 31 de juliol de 2015 suspendre l'expedient i la formalització del contracte, i també tornar a l'empresa l'import de 915.828,10 euros entregat a l'Ajuntament en compliment del que estableix la clàusula 23 del PCAP.
- Per Sentència de 20 de maig de 2016, de la Secció Cinquena de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, s'estima el recurs presentat per l'empresa contra la resolució del TACRC, anul·lant-la i declarant la conformitat a dret de l'Acord de 20 d'abril de 2015, pel qual s'adjudicava el contracte a l'esmentada empresa.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La consulta de l'Ajuntament de Crevillent planteja un dubte sobre els límits de les modificacions contractuals en un contracte de gestió de serveis públics, en la modalitat de concessió, que deu la seua complexitat a la circumstància de produir-se un canvi de concessionària després de la finalització del contracte anterior i la licitació de què és objecte del present informe, unit al cúmul de prestacions diferents que comprén, a l'existència de deutes reconeguts a favor de la concessionària anterior i a la pretensió de l'Ajuntament que siga la nova adjudicatària la que



finance el pagament ajornat dels esmentats deutes. La consulta està referida a la possibilitat de modificar el que estableix la clàusula 23 del plec de clàusules administratives particulars que regeix la contractació, relativa al finançament d'inversions pel concessionari. No obstant això, com exposarem a continuació, el problema radica en la dubtosa conformitat a dret d'aquesta clàusula i en com afecta aquesta circumstància a la licitació del contracte.

L'objecte del contracte, tal com figura descrit en la clàusula 1 del plec de clàusules administratives particulars (d'ara en avant PCAP), aprovat per Acord del Ple de la corporació de 27 d'octubre de 2014, comprén els serveis d'arreplega i transport de residus, la neteja urbana i la gestió de l'ecoparc, «sota la modalitat de concessió [...]» Així mateix, en l'esmentada clàusula es qualifica el contracte com de gestió de serveis públics, acollint-se a la definició que d'aquest tipus es fa en l'article 8 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant TRLCSP), aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

La descripció anterior es completa en la clàusula 2 del PCAP per mitjà de l'enumeració dels codis i descriptors de les activitats que defineixen l'objecte del contracte, incloent-se els següents:

- Serveis d'arreplega de residus sòlids urbans.
- Serveis d'arreplega de residus domèstics.
- Serveis d'arreplega de fems.
- Serveis d'arreplega de paper.
- Serveis de transport de residus.
- Serveis de neteja i agranat de carrers.
- Serveis de neteja de pintades.
- Serveis de neteja d'engolidors.
- Treballs de desbrossament.
- Contenedors de fem.
- Contenedors de residus.
- Serveis d'emmagatzematge i dipòsit.

De l'anterior es desprén que l'objecte del contracte, tal com es va licitar segons hem pogut comprovar en els corresponents anuncis publicats, comprén, en resum, tres grups de serveis:

- Serveis d'arreplega i transport de residus (residus, fems i paper, contenidors).
- Serveis de neteja urbana (carrers, pintades, engolidors i desbrossaments).
- Serveis d'ecoparc (emmagatzematge i dipòsit, contenidors).

Com pot observar-se, en la descripció de l'objecte del contracte no hi ha cap referència a què aquest compregui la concessió de cap préstec per l'adjudicatari o negoci jurídic anàleg. No obstant això, com una obligació *sui generis* que no es troba entre les obligacions del concessionari establides en la clàusula 21 del PCAP i que tampoc no tindria cabuda entre les condicions especials d'execució previstes en l'article 118 del TRLCSP, en la clàusula 23 del PCAP s'afirma que «correspon a l'adjudicatari assumir el finançament de les inversions del servei que se li adscriuen consistent en el parc de serveis d'arreplega de residus i neteja viària, per un import de 915.828,10 euros» i que l'esmentat import «haurà de ser ingressat en la Tresoreria Municipal amb antelació [sic] a

l'adjudicació del contracte». En contraprestació, l'Ajuntament es compromet a tornar a l'adjudicatari l'esmentada quantitat, més els interessos meritats al 4,25 per cent anual, en 289 mensualitats.

En la clàusula 3 del PCAP es fa constar la documentació preparatòria que hi ha en l'expedient de la contractació i, entre ella, consta que l'obligació financera anterior respon a un informe de la Tresoreria Municipal. D'acord amb la informació facilitada, les mencionades inversions no corresponen a projectes d'obres que hagen d'executar-se per a l'establiment del servei, sinó que es dedueix que en el moment de la licitació les esmentades instal·lacions es trobaven ja executades i en ús, finançades al seu dia per l'anterior concessionària amb el compromís que al terme de la concessió se li abonaria l'import pendent d'amortitzar.

Efectivament, tal com apunta la mateixa consulta formulada per l'Ajuntament, la clàusula 23 del PCAP encobreix l'obligació, per al licitador que resulte seleccionat com a adjudicatari, de concedir a l'Ajuntament un préstec en les condicions establides en l'esmentada clàusula i en l'annex I del PCAP, on es reproduïx el quadre d'amortització i els interessos que s'abonaran per a tornar la quantitat prestada. Amb més motiu, encara que l'esmentada clàusula ha evitat utilitzar l'esmentat terme, el quadre 1.2 de l'annex es titula com «Quadre préstec desglossat» i el resum es descriu com «Quadre préstec nau serveis RSU i neteja viària», motiu pel qual no cap el menor dubte que s'inclou en la contractació el requisit de l'acceptació d'un negoci jurídic amb l'esmentada finalitat si es vol accedir a l'adjudicació.

No obstant això, no pot acceptar-se la tesi, plantejada en la consulta, que l'esmentat préstec poguera considerar-se un contracte privat accessori si amb l'esmentada qualificació es pretén afirmar que depèn del que en l'escrit de la consulta es qualifica com a contracte principal, açò és, el contracte de gestió de serveis públics. L'obligació de concedir el préstec indicat i d'ingressar el seu import en la Tresoreria Municipal s'estableix com a prèvia a l'adjudicació i formalització, és a dir, com a condició suspensiva de l'adjudicació si el licitador proposat no s'avé a ella i, per tant, difícilment pot considerar-se accessòria, ja que persegueix l'exclusió del licitador que no l'accepte.

D'altra banda, resulta que, alhora que per a poder accedir a l'adjudicació del contracte s'establia el requisit de concedir-li a l'Ajuntament un préstec de 915.828,10 euros i d'ingressar-los en un compte de la seua titularitat, en la clàusula 12 del PCAP, relativa a la documentació acreditativa de l'aptitud per a contractar que havien de presentar els licitadors, no s'establia cap requisit mínim de solvència econòmica i financera (només s'enumeren els mitjans per a acreditar-la), ni tampoc un concret de solvència tècnica o professional, excepte el complementari de tindre implantat un sistema de gestió ambiental. D'aquesta manera, la concessió del préstec citat va esdevindre l'únic requisit per a poder accedir a l'adjudicació del contracte i la seua acceptació condició *sine qua non* per a no ser exclòs del procediment de contractació, tal com es desprèn del model de proposició econòmica que figura en l'esmentada clàusula del PCAP.

És a dir, la clàusula 23 del PCAP entra en contradicció amb les clàusules 1 i 2 del PCAP que defineixen l'objecte del contracte i en les quals s'omet que l'esmentat contracte comprén la concessió d'un préstec a l'Ajuntament, imposant-lo després com una condició especial per a accedir a l'adjudicació del contracte que no es troba emparada per les normes bàsiques en matèria



de contractació, ni tampoc per les establides en el Reglament de serveis de les corporacions locals.

En conjunt, tot l'anterior constitueix un greu incompliment de les referides normes bàsiques, en establir, d'una banda, un requisit per a contractar, que excedeix el que s'ha permés per elles i, d'una altra, ometre el compliment d'aquestes, en particular, el que disposa l'article 62 del TRLCSP. I fins i tot si es descartara aquesta tesi i s'acceptara que la concessió del préstec formara part de l'objecte del contracte, encara que ni en el PCAP ni en l'anunci figura així, ens trobaríem amb un incompliment dels articles 54.2 i 57.1 del TRLCSP, ja que els que concorregueren a la licitació haurien d'acreditar estar habilitats o tindre capacitat per a prestar serveis financers, a més de reunir els requisits de solvència econòmica i financera i tècnica o professional adequats per al conjunt de prestacions compreses en el contracte i que haurien d'haver figurat en el PCAP.

En aquest últim supòsit, la clàusula 23 del PCAP contravindria, entre altres, el que disposa l'article 25 del TRLCSP en reunir prestacions de contractes administratius i privats que no mantenen una relació de complementaritat que exigisca necessàriament la seua consideració com una unitat funcional. La concessió d'un préstec és una prestació independent que ha de ser objecte, si és el cas, d'un contracte privat exclòs de l'àmbit d'aplicació de la LCSP i, al seu torn, l'adjudicació d'un contracte administratiu de gestió dels serveis públics, en la modalitat de concessió i d'acord amb les normes del TRLCSP, com succeeix en aquest cas, no pot estar sotmesa a l'acceptació de condicions o contractes aliens a l'esmentada finalitat i no regulats per l'esmentada llei.

A més, si s'acceptara la tesi apuntada en la consulta de l'Ajuntament, en el sentit que el préstec constituïria un contracte privat distint i accessori del de la concessió, inclús hauria d'objectar-se que, en establir-se en la repetida clàusula 23 del PCAP l'obligació de concedir i ingressar l'import del préstec «amb antelació a l'adjudicació del contracte», es contravindria també, en el fons i en la forma, el que disposa l'article 32, apartat *d*, del TRLCSP, que estableix com a causa de nul·litat tot acte o resolució que atorgue, de forma directa o indirecta, avantatges a les empreses que hagen contractat prèviament amb qualsevol Administració.

Per tot això, aquesta Junta entén que en la consulta plantejada per l'Ajuntament no es tracta de resoldre la qüestió de si és possible plantejar una modificació del contracte que afecte només la clàusula 23 del PCAP, sinó que la inclusió d'aquesta clàusula en el plec, establint un requisit per a contractar que excedeix el que preveuen les normes bàsiques en matèria de contractació, constitueix un vici de nul·litat que afecta tot el procediment i que l'Ajuntament ha de resoldre per mitjà de la tramitació de la corresponent revisió d'ofici d'acord amb les normes aplicables.

En el mateix sentit, no és possible tampoc sostraure's als motius pels quals la licitació del contracte va ser anul·lada per Resolució 548/2015, de 12 de juny, del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, perquè en aquest cas no és obstacle la circumstància que l'esmentada resolució haja sigut anul·lada, al seu torn, per la Sentència de 20 de maig de 2016 del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, citada en els antecedents, atés que l'esmentada sentència es va dictar per aplanament de la part demandada, motiu pel qual, al seu torn, el TSJCV no va entrar a valorar el fons de l'assumpte ni a examinar els arguments exposats en la resolució del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals.

En l'esmentada resolució, les consideracions i fonaments de la qual aquesta Junta comparteix i ha fet seues en anteriors informes, el Tribunal recorda que «l'element característic de tota concessió de serveis públics consisteix en l'assumpció pel contractista de la totalitat o una part significativa dels riscos derivats de l'explotació de l'esmentat servei». I si aqueixa característica no es dona, com succeeix en el contracte objecte del present informe, vist que la retribució del concessionari no depén en part alguna de la utilització del servei pels usuaris, d'acord amb el que disposen les clàusules 30 i 24 del PCAP i tal com posa de manifest el Tribunal, el que es dedueix és que ens trobem davant un contracte típic de serveis qualificat erròniament i indegudament com de gestió de serveis públics o de concessió, la qual cosa resulta agreujat pel fet que el termini de durada s'estableix en deu anys prorrogables per uns altres cinc, superant per tant el termini màxim que poden tindre els contractes de serveis de conformitat amb el que disposa l'article 303 del TRLCSP.

CONCLUSIÓ

L'exigència de la concessió d'un préstec a l'Ajuntament com a requisit per a contractar amb aquest o accedir a l'adjudicació d'un contracte de gestió de serveis públics, o de serveis, comprés en l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, contravé el que disposen els articles 54 i 62 del vigent text refós de l'esmentada llei, i també les restants normes bàsiques aplicables relatives als mitjans i requisits exigibles per a acreditar l'aptitud dels licitadors per a contractar amb el sector públic. En conseqüència, tal exigència és causa de nul·litat del procediment de licitació seguit i no és susceptible de cap modificació contractual.

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 aquest últim cas.

Vist i plau

EL PRESIDENT

Per substitució

(article 1.ª Ordre d'11 de juny de 2001,
DOGV de 17.07.2001)

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 30 de novembre de 2016

LA VICEPRESIDENTA