

JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
Carrer d'Amadeu de Savoia, 2-5a Planta
46010-VALÈNCIA
Tel. 96 1613072

Ref.: SUB/SCC/mvt
Assumpte: Informe 2/2021

INFORME 2/2021, DE 18 DE JUNY DE 2021. CONTRACTACIÓ IRREGULAR. ENRIQUIMENT INJUST. REVISIÓ D'OFICI. OBRES QUE HAN DE SER OBJECTE DE LICITACIÓ. IMPROCEDÈNCIA DEL PROCEDIMENT NEGOCIAT PER URGÈNCIA.

ANTECEDENTS

En data 16 de març de 2021, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Riba-roja de Túria mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

“Assumpte: consulta Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana en relació amb servei de concessió del servei de gestió de clavegueram, control d'abocaments i depuració del municipi de Riba-roja de Túria – Exp. 27/2018-

ROBERTO PASCUAL RAGA GADEA, alcalde de l'Ajuntament de Riba-roja de Túria, València, actuant en nom i representació d'aquest, domiciliat, a l'efecte de notificació, en el mateix Ajuntament, plaça de l'Ajuntament, núm. 9, telèfon 96 277 00 62, davant la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana formule consulta sobre la base dels següents

ANTECEDENTS DE FET

Primer.- El Ple de l'Ajuntament de Riba-roja de Túria va acordar el 30/07/2012 aprovar els plecs de licitació per a la concessió del contracte de gestió del servei d'aigua potable i sanejament.

Segon.- Contra l'esmentat acord es va interposar un recurs davant els tribunals judicials on, en data 16/11/2016, en recurs d'apel·lació, es va disposar anul·lar l'acord plenari. En conseqüència, es va licitar un nou contracte.

Tercer.- Contra l'acord plenari de 17/04/2019 d'aprovació de l'expedient del nou contracte de concessió de servei públic de proveïment d'aigua potable, servei de gestió de clavegueram, control d'abocaments i depuració del municipi va ser interposat un nou recurs davant el jutjat contenciós administratiu.

Tercer.- El Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3 de València va dictar Sentència 294/2020, de 7 de desembre, rebuda l'11 de desembre, en PO 291/2019 interposat per Global Omnium contra els plecs del contracte de concessió d'aigua, en la qual s'estima el recurs interposat i es declara no ajustat a dret, i per tant la seua nul·litat.

Quart.-Contra aquesta s'ha interposat un recurs d'apel·lació per part de la mercantil Hidraqua Gestión Integral de Aguas de Levante, SA, actual prestatària del servei, i per l'Ajuntament de Riba-roja de Túria.

Quart.- Al seu torn, mitjançant acte de data 9 de desembre de 2020, rebut el 15 de desembre, dictat pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3 de València, es disposa que és procedent la mesura cautelar de suspensió de la licitació de concessió del servei seguida en expedient de contractació. Així mateix, disposa la prohibició que el Ple municipal acorde l'adjudicació del contracte o realitze cap acte d'execució de l'acord a aquest efecte.

Les qüestions plantejades són les següents:

Primera.- Com que és un servei essencial, podem entendre que es manté aquest servei – principi de continuïtat – sobre la base del contracte primer declarat nul atés que està suspès el procediment tramitat en l'actualitat? És a dir, que la prestació del servei s'ajustaria a les condicions del contracte últim encara quan ha sigut declarat nul ja que no ha pogut arribar a adjudicar-se el següent contracte tramitat en haver sigut decretada la suspensió d'aquest amb caràcter previ a la seua adjudicació?

Segon.- Davant la necessitat per part de l'Ajuntament de realitzar unes obres en diverses zones del municipi que tenen problemes importants, si ens regim pel contracte inicial, sobre la base de la clàusula dels plecs que regeixen el contracte inicial que es transcriu a continuació:

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.

Es poden realitzar les obres d'inversió directament per la mercantil prestatària actualment del servei dins del pla d'inversions sense necessitat de realitzar una licitació prèvia?

En el cas que no puguen realitzar-se sense licitació prèvia sobre la base de l'esmentada clàusula, correspon al mateix Ajuntament qui les finance i les licite o l'empresa hauria de realitzar una licitació pública?

Podria la mercantil prestadora del servei licitar aquestes obres i realitzar-les amb càrrec a les tarifes del contracte?

Si l'empresa concessionària licita les obres, quin procediment ha de seguir? Publicitat general perquè es presente qualsevol empresa o sol·licitud de tres pressupostos? Hauria de publicar la licitació en el Perfil de contractació del sector públic si es finança amb les tarifes o no seria necessari per ser una empresa privada?

S'adjunta documentació aportada per la mercantil.

El que es remet als efectes oportuns.

A Riba-roja de Túria, en la data que consta en la signatura electrònica.“



Davant l'absència de total documentació amb data d'eixida de 17 de març de 2021 se li requereix a l'ajuntament consultant aquesta que és rebuda en data 18 d'abril de 2021. La documentació requerida i aportada és la següent:

1. Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana, contra la qual no es pot interposar recurs per dictar-se en apel·lació 962/2016, que declara la nul·litat dels plecs, de tot el procediment de licitació i adjudicació del contracte.
2. Acord plenari de 3 d'abril de 2017 pel qual es disposa la continuïtat del servei fins a finals d'abril de 2017.
3. Informe tècnic de l'enginyer industrial sobre les obres a emprendre i el seu valor estimat.
- 4.- Plec de clàusules administratives particulars i contracte subscrit en data 25 d'octubre de 2012 declarats nuls.
- 5.- Acord plenari de data 5 de febrer de 2018 sobre continuïtat del servei per nou mesos.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La primera consideració que hem de realitzar és la de la normativa aplicable a les qüestions plantejades en la sol·licitud d'informe. Efectivament el contracte es va licitar, adjudicar i formalitzar estant vigent el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara en avant TRLCSP).

1.- Sobre la continuïtat de la prestació del servei amb motiu de la mesura cautelar de suspensió del procediment dictada per Interlocutòria de data 9 de desembre de 2020, rebuda el 15 de desembre, dictada pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3 de València,

És indubtable per tot l'esdevingut amb el contracte en qüestió que quan es consulta a aquesta Junta, el contracte continua prestant-se conforme al contracte declarat nul pel TSJCV, incomplint els successius acords plenaris que posaven fi a aquesta continuïtat i en els quals l'Ajuntament devia plantejar-se la forma de gestió del servei en interès dels interessos generals.

En efecte l'Acord plenari de 3 abril de 2017 fixa la continuïtat del servei fins al 31 de desembre de 2017 i l'Acord plenari de 5 de febrer de 2018 fixa nou mesos de continuïtat no prorrogables excepte cas de força major.

En tots dos casos s'incideix en l'acord de continuïtat *"iniciar sense dilació un estudi sobre les diverses formes de gestió del servei a l'efecte de determinar la més convenient als interessos municipals i una vegada determinada procedir a portar-la a efecte."*

Arribats a aquest punt i transcorreguts tots els terminis previsibles en els acords plenaris, no hi ha cobertura legal que empare la situació actual de prestació del servei, per la qual cosa ens trobem

davant una contractació verbal, expressament prohibida en la legislació de contractes i, per tant, nul·la de ple dret, amb el consegüent enriquiment injust de l'administració contractant, com indica el Dictamen núm. 558/2020 del Consell Consultiu de la Comunitat Valenciana:

“L'enriquiment injust tracta d'evitar el benefici d'una de les parts en perjudici de l'altra i fonamenta la necessitat d'indemnitzar o compensar la contractista en les contractacions irregulars al marge de l'LCSP. En el seu vessant d'acció autònoma i diferent de les figures anteriors, el Tribunal Suprem, en Sentència de 12 de desembre de 2012, va mantindre que “L'acció d'enriquiment injust es considera com a font d'obligacions, connectada amb la figura dels quasicontractes i diferenciada de l'acció de responsabilitat per danys, i que precisament per ser diferent i autònoma de l'acció de responsabilitat patrimonial, el seu exercici no està sotmés al termini prescriptiu d'un any”. En aquesta sentència assenyalava, a més, que “no és només un principi general del dret, que regeix també en el dret administratiu, sinó que a més ha de considerar-se com una acció pròpia i singular del dret administratiu, diferent de la que s'exerceix en l'àmbit civil, precisament per les particularitats de l'àmbit administratiu. Però és que a més, ha de significar-se que són moltes les sentències dictades per aquest Tribunal sobre el possible enriquiment injust de l'Administració, la major part produïdes en l'àmbit de la contractació administrativa (STS de 21 de març de 1991, 18 de juliol de 2003, 10 de novembre de 2004, 20 de juliol de 2005 i 2 d'octubre de 2006), en les quals es parteix d'actuacions realitzades per un particular en benefici d'un interès general l'atenció del qual correspon a una Administració pública, i el seu nucli essencial està representat pel propòsit d'evitar que es produísca un injustificat desequilibri patrimonial en perjudici d'aqueix particular, supòsits que a més exigeixen per a assegurar els principis d'igualtat i lliure concurrència que regeixen en la contractació administrativa, que el desequilibri ha d'estar constituït per prestacions del particular que no es deguen a la seua pròpia iniciativa ni revelen una voluntat maliciosa d'aquest, sinó que tinguen el seu origen en fets, que provenen de l'Administració pública, que hagen generat raonablement en aqueix particular la creença que li incumbia un deure de col·laboració amb aquesta Administració”.

És més, en les SSTs de 21 de juliol de 2009, 12 de gener de 2012, 23 de març de 2015 i 28 de gener de 2016, s'admet el pagament al contractista amb fonament en la prohibició de l'enriquiment injust, sense haver declarat prèviament la nul·litat del contracte.

La situació creada a l'empara d'aquesta contractació nul·la té, per tant, causa en una actuació irregular de l'òrgan de contractació, però també cal fer notar els successius periples judicials i el temps transcorregut a dictar sentència, així com en l'actualitat les mesures cautelars de suspensió adoptades pel Jutjat Contenciós Administratiu núm. 3 de València i la naturalesa del propi objecte del servei, que és bàsic i essencial per a la població.

Ara bé, això no és obstacle perquè l'Ajuntament consultant licite un altre procediment de contractació al marge del suspés i que al mateix temps s'inicie la revisió d'ofici de la contractació verbal actual, encara que entre la doctrina i els diversos òrgans consultius no hi ha consens, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, a la vista dels fets concurrents en la sol·licitud, si l'admet.

Així en el Dictamen del Consell Consultiu anteriorment esmentat 588/2020, davant un supòsit similar indica:



“Dit tot el que antecedeix, la contractació irregular per part de les administracions públiques afectada per un vici de nul·litat de ple dret (articles 38 i següents de l’LCSP de 2017), comporta l’existència d’un contracte nul, no susceptible de convalidació. El procediment més adequat, per consegüent, a aplicar en aquests casos, segons el parer d’aquest òrgan consultiu, serà instar un procediment de revisió d’ofici per nul·litat, que determinarà que el contracte entre en fase de liquidació, havent de restituir-se recíprocament les prestacions entre les parts, sense perjudici de les indemnitzacions per danys i perjudicis que siga procedent. A més, quan la restitució de les prestacions no siga possible, la qual cosa succeirà en la majoria dels supòsits, l’òrgan de contractació haurà de reemborsar el valor de les prestacions rebudes, per a evitar que es produïska un enriquiment de l’Administració en perjudici de tercer.

D’aquesta manera, l’Administració pública està obligada, en virtut del principi de legalitat que regeix la seua actuació (article 103 CE) a ajustar la seua actuació al que es disposa en la llei, i en aquest sentit, l’article 106 de la Llei 39/2015, LPAC, disposa que les administracions públiques “declararan” la nul·litat dels actes que incórreguen en qualssevol de les causes establides en l’article 47.1 de l’esmentada norma legal. D’altra banda, ha de tindre’s en compte que la mateixa Llei 9/2017 regula un procediment específic consistent en la declaració de nul·litat dels actes preparatoris o d’adjudicació adoptats al marge de la normativa sobre contractació pública, així com els seus efectes (art. 41 LCSP). L’existència d’una causa de nul·litat converteix la revisió d’ofici en el mecanisme més adequat per a afrontar la contractació irregular viciada de nul·litat per part de les administracions públiques.

D’acord amb la normativa que regeix el contracte estariem davant l’art. 34 del TRLCSP que contempla:

- 1.- La revisió d’ofici dels actes preparatoris i dels actes d’adjudicació dels contractes de les administracions públiques i dels contractes subjectes a regulació harmonitzada i els contractes subvencionats.
- 2.- Serà competent l’òrgan de contractació en tractar-se d’una administració pública.

El termini és de sis mesos, si bé si es reuneixen els requisits necessaris s’urgeix a l’Ajuntament consultant optar per aquesta via en el menys termini possible per a pal·liar aquesta situació irregular. Haurà de sol·licitar-se consulta, amb caràcter preceptiu, a l’empara dels articles 10.8.b) de la Llei de la Generalitat 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, i 106.1 de la Llei 39/2015, d’1 d’octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques de l’esmentada institució.

Però el Consell, no obstant això, adverteix: *“Ara bé, aquest Consell ha d’advertir, com posteriorment s’insistirà, que l’instrument de la revisió d’ofici és la resposta a supòsits excepcionals i no un instrument habitual per a “emparar” pagaments que tenen el seu origen en actuacions habituals al marge de la legislació de contractació pública. A fi d’evitar l’abús en la utilització de l’instrument de la revisió d’ofici, algun consell consultiu ha negat la procedència d’aquesta revisió d’ofici quan “la utilització de l’institut de la revisió d’ofici es veu envoltada d’una sèrie de singulars circumstàncies que la deformen en gran manera, desbordant el marc de la seua pròpia definició o alterant la seua finalitat legalment fixada” (Dictamen 303/2020, de 23 de juliol, del Consell Consultiu de Canàries). En la mateixa línia, el Dictamen 149/2014, del Consell Consultiu de les Illes Balears.”*

Segons el parer d'aquesta Junta s'insisteix en el deure dels òrgans de contractació d'atindre's a la normativa de contractació i els seus principis inspiradors sense que res justifique la contractació irregular i que la possibilitat si s'accepten les circumstàncies concurrents d'una possible revisió d'ofici siga una panacea per a emparar aquestes conductes.

2.- Realització de les obres pel concessionari

Les obres que han de dur-se a terme per l'Ajuntament i que d'acord amb l'informe de l'enginyer industrial comprenen:

- Obres de renovació de la xarxa de proveïment d'aigua potable a la urbanització Entrenaranjos del t.m. de Riba-roja de Túria.

L'objecte de l'obra és la renovació de la totalitat de les canonades de proveïment d'aigua potable de la urbanització Entrenaranjos; amb definició del traçat, dimensionament i els diferents elements que permeten el correcte funcionament d'aquest sistema (1.465.000,00 €).

- Obres de proveïment d'aigua potable al Parc Logístic de València al t. m. de Riba-roja de Túria.

Consisteix en la instal·lació d'una canonada de proveïment d'aigua potable des del nucli urbà de Riba-roja de Túria fins al Parc Logístic de València, travessant les urbanitzacions Masia de Traver, València La Vella i La Llobatera; amb definició del traçat, dimensionament i els diferents elements que permeten el correcte funcionament del sistema de proveïment alternatiu al Parc Logístic de València (1.836.324,97€).

- Obres d'instal·lació de xarxa de sanejament a la urbanització Els Pous.

Consisteix en la instal·lació d'una xarxa de sanejament a la urbanització Els Pous, actualment sense el dit servei (378.797,25 €).

Es tracta de noves inversions que ni estan previstes en l'objecte del contracte ni les seues condicions en els plecs que regeixen la contractació de la gestió del servei de 2012, per la qual cosa no poden realitzar-les directament el concessionari sinó que ha de ser objecte de licitació per l'Ajuntament amb càrrec als seus propis fons en interès dels principis rectoris de la contractació pública.

Així, la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en informe **97/2018** indica:

“En definitiva, d'acord amb les regles establides per a la determinació de l'objecte d'un contracte de gestió de serveis públics establides en el TRLCSP, i com a resposta a les exigències derivades dels principis de transparència, igualtat de tracte i no discriminació, podem concloure que per a entendre compreses dins de l'objecte del contracte de gestió de serveis públics determinades obres posteriors a l'inici de l'explotació, tals obres hauran d'haver sigut previstes en el plec de la licitació inicial per referència a un avantprojecte o projecte que permeta identificar el seu abast, condicions i valoració. Això suposa que han d'identificar-se amb precisió els aspectes essencials de tals prestacions, que ha de preveure's inicialment la solvència o, si és el cas, la classificació que necessiten els licitadors per a la seua execució i que, en suma, no pertoca acudir a fórmules genèriques que pequen d'una indeterminació inicial que només podrà ser concretada per una decisió de l'Administració contractant.”



Per tant, com a colofó de l'anterior, la nostra conclusió és que no és procedent entendre incloses les obres que es concreten amb posterioritat a l'inici de l'execució del contracte i no contemplades en el plec que regeix la licitació, sobre la mera base d'esments genèrics respecte a la seua inclusió en l'objecte del contracte, sense determinació prèvia del seu abast i valoració, o la concreció de les quals quede diferida a decisions posteriors, que podran realitzar-se o no per l'Administració titular del servei o pel contractista en funció d'una decisió discrecional.

3.- Procediment de licitació.

Cap argument avala el recurs al procediment negociat sense publicitat més que la urgència d'esdeveniments imprevisibles, la qual cosa després del temps transcorregut no sembla justificable.

Per tant, haurà d'acudir-se a un procediment obert amb publicació en el perfil de contractant i salvaguardar els principis de publicitat, lliure concurrència i transparència. Si es liciten les tres obres independents es podrà acudir al procediment obert simplificat regulat en l'art. 159 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, si finalment el valor estimat IVA exclòs és igual o inferior a 2.000.000 d'euros IVA exclòs.

CONCLUSIÓ

PRIMERA.- Transcorreguts tots els terminis previsibles en els acords plenaris, no hi ha cobertura legal que empare la situació actual de prestació del servei, per la qual cosa ens trobem davant una contractació verbal, expressament prohibida en la legislació de contractes i, per tant, nul·la de ple dret, amb el consegüent enriquiment injust de l'administració contractant.

SEGONA.- Res obsta que l'Ajuntament consultant licite un altre procediment de contractació al marge del suspés i que al mateix temps s'inicie la tramitació de la revisió d'ofici de la contractació irregular actual en els termes i condicions de l'art. 34 del TRLCSP, articles 10.8.b) de la Llei de la Generalitat 10/1994, de 19 de desembre, de creació del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, i 106.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques.

TERCERA.- No és procedent entendre incloses en l'objecte del contracte les obres com les sotmeses a consulta concretades amb posterioritat a l'inici de l'execució del contracte sobre la mera base d'esments genèrics en els plecs perquè no existeix determinació prèvia del seu abast i valoració, i la concreció de les quals ha quedat diferida a decisions posteriors, que podran realitzar-se o no per l'Administració titular del servei o pel contractista en funció d'una decisió discrecional.

QUARTA.- Les esmentades obres hauran de licitar-se amb totes les garanties de publicitat, transparència, lliure concurrència i igualtat entre els licitadors i seran finançades per la mateixa Administració. No considera aquesta Junta la possibilitat d'acudir a un procediment negociat de l'art. 168 de l'actual Llei de contractes del sector públic per no existir cap causa excepcional que ho justifique.

El present informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no 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. “

LA SECRETÀRIA

Vist i plau EL PRESIDENT
SOTSSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC.

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 18 de juny de 2021.