

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

Ref.: SUB/SJSCA/mvt  
Assumpte: informe 12/2021

**INFORME 12/2021, DE 29 D'ABRIL DE 2022. CONCESSIÓ DE SUBMINISTRAMENT D'AIGUA POTABLE EN PRECARI O MERA TOLERÀNCIA. IMPOSSIBILITAT DE SUBSCRIURE UN CONVENI AMB L'EMPRESA SUBMINISTRADORA. ASSUMPCIÓ PER L'AJUNTAMENT DE LA GESTIÓ DEL SERVEI.**

**ANTECEDENTS**

En data 29 de novembre de 2021, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Orpesa, mitjançant el qual formula consulta del tenor literal següent:

«El terme municipal d'Orpesa té dos contractes diferents de servei públic de proveïment d'aigua potable en règim de gestió indirecta:

(i) El primer d'aquests, subscrit amb Societat de Foment Agrícola Castellonenca, SA, (FACSA), elevat a escriptura pública amb data 24 de maig de 1991, corresponent a la zona que abasta l'àmbit delimitat pel marge esquerre, aigües avall, del Rio Chinchilla, la mar Mediterrània i el terme municipal de Cabanes, dins del terme municipal d'Orpesa, i per l'oest, la carretera nacional 340 (les Amplàries). El qual es formalitza per un període de cinquanta anys, i finalitzarà en 2041.

(ii) El segon, subscrit amb la Unió Temporal d'Empreses Societat de Foment Agrícola Castellonenca, SA – Foment Benicàssim, SA, UTE, i que constitueix la concessió del servei de proveïment d'aigua potable per a consum públic d'Orpesa (Castelló), de part del terme municipal en la zona delimitada al nord pel riu Chinchilla i al sud per la forest Bovalar, formalitzat en data 7 de juliol de 1997, adoptant-se acord de no prorrogar el contracte, que va ser objecte d'una contingència judicial, resolta en primera instància amb sentència favorable a la referida pròrroga, però recorreguda en apel·lació per part d'aquest ajuntament (recurs d'apel·lació número 1284/2018).

Posteriorment, en data 17 de juny de 2020, la Secció Cinquena de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana va dictar sentència per la qual resol l'esmentat recurs d'apel·lació número 1284/2018 contra la Sentència 957/2018, de 17 de setembre, del Jutjat Contenciós Administratiu (s'hi adjunta sentència).

La Sentència de data 17 de juny de 2020, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Cinquena, del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana estima el recurs d'apel·lació interposat per l'ajuntament d'Orpesa, per la qual cosa la decisió del ple municipal de data 20 de febrer de 2017 es declara vàlida i dona lloc a "no prorrogar el contracte de concessió del servei de proveïment d'aigua potable per a consum públic d'Orpesa, de part del terme municipal de la zona delimitada al nord pel riu Chinchilla i al sud per la forest Bovalar, subscrit amb Fobesa-Facsa en UTE en data 7 de juliol de 1997, i prorrogat fins al 7 de juliol de 2017" a causa de la necessitat de subministrament d'aigua potable a les urbanitzacions del sud d'Orpesa que no disposen de concessionari, donada la impossibilitat jurídica d'ampliar l'actual concessió a la zona sud del municipi.

D'altra banda aquest ajuntament ha aconseguit un acord amb la Societat Estatal Aigües de les Conques del Mediterrani, SA, (d'ara endavant, ACUAMED), per a proveïment del servei des de la planta dessaladora, fixant-se les condicions en què s'articularà l'adquisició de cabals en alta procedents de la referida planta dessaladora.

No obstant això, a les urbanitzacions de l'àmbit sud municipal, Playetas, Torre Bellver I, Torre Bellver II i la Colomera, el subministrament d'aigua potable es realitza per la mercantil FOBESA en règim de mera tolerància.

Hem de portar a col·lació referent a les urbanitzacions esmentades, les fites urbanístiques següents:

El Pla general d'ordenació urbana (PGOU) d'Orpesa va ser aprovat definitivament per la Comissió Territorial d'Urbanisme de Castelló mitjançant Acord de 29 de juny de 1982.

En ocasió de la tramitació de la modificació puntual del sector nord-oest del PGOU, la Comissió Territorial d'Urbanisme de Castelló va acordar la necessitat de presentar un text refós del PGOU, que incorpora les modificacions efectuades fins a aqueixa data. Això es va portar a efecte per l'Ajuntament i l'esmentat text refós del PGOU va ser definitivament aprovat per l'esmentada Comissió Territorial d'Urbanisme de Castelló mitjançant Acord de 9 de juny de 1999.

Inici al desenvolupament de les diferents urbanitzacions:

#### A. LAS PLAYETAS DE BELLVER

Que el text normatiu del planejament general vigent assumeix les CONDICIONS PARTICULARS i de desenvolupament del sòl urbà disseminat-residencial Las Playetas, corresponents al Pla de Playetas de Bellver, aprovat el 2 de desembre de 1964, de la manera següent: "Es conserven íntegrament les ordenances pròpies anteriors a l'adaptació i revisió del Pla general."

#### B. TORRE BELLVER FASE I

Que La Comissió Territorial d'Urbanisme de Castelló, en sessió ordinària de data 13 de desembre de 1993, va acordar aprovar definitivament el Pla parcial residencial Torre Bellver I, d'Orpesa, objecte de l'actual modificació.

#### C. TORRE BELLVER FASE II

En data 12 de desembre de 2000, es va aprovar amb caràcter provisional el Pla parcial, homologació i programa de l'actuació integrada de la urbanització Torre Bellver Fase II", que té per objecte el desenvolupament urbanístic del denominat sector "Torre-Bellver 2a fase" del sòl urbanitzable no programat R-6 del Pla general d'Orpesa. Resultant que, en data 26 de juliol de 2001, la Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports va aprovar l'homologació sectorial i el Pla parcial Torre Bellver 2a Fase.

#### D. LA COLOMERA

Mitjançant acord municipal de l'Ajuntament d'Orpesa es procedeix a l'aprovació provisional PAI i projecte d'urbanització per l'Ajuntament en ple el dia 21 de desembre de 2001. Resultant la publicació de les normes urbanístiques en el BOP, número 20, de 14 de febrer de 2002, i l'aprovació del text refós del Pla parcial per l'Ajuntament en ple el 28 de febrer de 2002.



A requeriment d'aquest ajuntament, la mercantil FOBESA, que en règim de mera tolerància subministra aigua potable a les urbanitzacions de l'àmbit sud municipal, Las Playetas, Torre Bellver I, Torre Bellver II i la Colomera, comunica el següent:

"1. Que les urbanitzacions de la zona sud d'Orpesa s'han alimentat des de la xarxa de Benicàssim. En concret, a la urbanització Las Playetas es va començar a subministrar aigua en virtut d'acords celebrats l'any 1995 entre FOBESA i la Comunitat de Propietaris. L'any 1997 es va començar a subministrar aigua a usuaris de la urbanització Torre Bellver i l'any 2005 a usuaris de la urbanització La Colomera.

2. Que en els últims anys ha crescut la demanda dels usuaris de les urbanitzacions de Torre Bellver i La Colomera. Així mateix, cal destacar que les xarxes d'aquestes dues urbanitzacions estan molt deteriorades. En els últims tres anys s'ha observat l'aparició de múltiples microfissures en les canonades de polietilè, per degradació del material que componen la conducció. Fets dels quals s'ha informat en repetides ocasions a l'Ajuntament d'Orpesa i s'han dut a terme diverses reunions tècniques per a analitzar la situació i definir les obres necessàries per a renovar les canonades que presenten una major degradació. En concret, s'ha estudiat la possibilitat de renovar urgentment el tram més baix de la xarxa del carrer Tombatossals, carrer en el qual la canonada es troba molt degradada i està sotmesa a una pressió molt elevada.

3. Que, tal com s'ha indicat anteriorment, el subministrament d'aigua a la urbanització Las Playetas està regulada segons el que s'estipula en el contracte entre FOBESA i la Comunitat de Propietaris i considerem que no aplica les qüestions plantejades per l'Ajuntament d'Orpesa en la seua notificació. Respecte de les qüestions plantejades sobre les urbanitzacions Torre Bellver I, Torre Bellver II i La Colomera, es detalla cada consulta i la seua resposta:

(i) Es troba garantit el subministrament per a la temporada estival 2021?

El consum d'aigua de la zona té una elevada estacionalitat i tradicionalment, durant els mesos d'estiu, les infraestructures que permeten el tràfec de l'aigua des de la xarxa de Benicàssim a les urbanitzacions de la zona sud d'Orpesa funcionen quasi al 100 per cent de la seua capacitat tècnica i les bombes arriben a treballar les 24 hores del dia.

Durant l'últim any, el volum en alta és molt superior a l'habitual, circumstància que es dona a conseqüència de l'augment de la demanda dels usuaris i de l'increment del volum incontrolat. Cal ressaltar que, durant el mes de juny de 2021, hi ha hagut dies en què les bombes que permeten el tràfec de l'aigua des de la xarxa de Benicàssim a les urbanitzacions de la zona sud d'Orpesa han arribat a treballar 24 hores.

S'informa que, davant el previsible augment de la demanda d'aigua pels usuaris estacionals, el volum total requerit podria ser superior a la capacitat de les infraestructures.

(ii) Existeixen condicions tècniques i jurídiques per a l'atorgament de noves altes?

Tal com s'ha detallat en l'apartat anterior, el subministrament per als usuaris actuals en la zona objecte d'aquest document podria estar en risc.

Tècnicament, en la mesura en què s'executen les obres de renovació de les canonades que es troben més degradades, es reduirà el volum incontrolat i s'incrementarà el volum disponible amb el qual es podria atendre la demanda de noves altes.

No comprenem a què es refereixen respecte a les condicions jurídiques per a l'atorgament de noves altes, ja que és l'Ajuntament d'Orpesa el que ha d'atorgar les llicències per a noves altes en funció de la normativa vigent.

(iii) ¿Existeix la possibilitat o capacitat d'atorgar un subministrament d'obra a l'espera de la garantia definitiva del subministrament que atorgue el cabal proporcionat per la Societat Estatal Aigües de les Conques del Mediterrani, SA?

En l'apartat (i) es detalla que durant l'època de major demanda la capacitat tècnica de les infraestructures és inferior al volum total requerit pels usuaris.

Considerem que el fet d'afegir al sistema algun subministrament provisional per a obres, limitant tant el nombre de subministraments com el cabal disponible per a cadascun d'ells, no suposaria una modificació rellevant de les condicions globals del proveïment de tota la zona, per la qual cosa podria considerar-se com a acceptable per aquesta part.

S'hauria de definir amb major detall la provisionalitat d'aquests subministraments, preveient la possibilitat que es poguera arribar a suspendre els subministraments provisionals d'obres, si la capacitat tècnica de les infraestructures no fora suficient per a atendre la demanda de la resta dels usuaris.

D'altra banda, tal com s'ha comentat en els apartats (i) i (ii), amb la finalitat de disminuir la possibilitat d'incapacitat de subministrament del sistema, per part de l'Ajuntament d'Orpesa, s'haurien d'escometre urgentment les obres de renovació de xarxa necessàries per a augmentar la capacitat d'aigua disponible en la zona. No tindria sentit al nostre judici, incrementar el nombre de subministraments i amb això el consum d'aigua sense, paral·lelament, tractar de reduir les pèrdues d'aigua en xarxa, renovant aquelles canonades que actualment presenten un estat de deterioració molt elevada.

(iv) ¿Poden definir-se la gestió i el detall de les actuacions pendents en la xarxa de proveïment de la urbanització La Colomera per a poder escometre el servei de subministrament en condicions tècniques? La urbanització La Colomera s'ha proveït des d'una presa que es va fer l'any 2004 com a subministrament auxiliar per a les obres d'urbanització. En concret, des de la xarxa de distribució de la urbanització Torre Bellver parteix una derivació amb la qual s'omplien dos dipòsits auxiliars. Mitjançant un grup de pressió es trasbalsa l'aigua des dels dipòsits auxiliars al dipòsit general de la urbanització La Colomera de 1.500 m<sup>3</sup> de capacitat.

En relació amb les actuacions pendents en les infraestructures de proveïment de la urbanització La Colomera, cal destacar que els serveis tècnics municipals ens van posar en contacte amb l'empresa Planifica Ingenieros y Arquitectos, Coop. V., enginyeria contractada per l'Ajuntament d'Orpesa per a la revisió del PAI La Colomera prèvia a la recepció final de les obres. Se'ls va facilitar informació de les deficiències detectades a fi que pogueren definir i valorar les actuacions necessàries.

En reunió celebrada el passat 30 de juny, a la qual van assistir els serveis tècnics municipals i la Regidoria de Serveis Públics, es va comentar la necessitat que Planifica Ingenieros y Arquitectos, Coop. V., estudiara i valorara un nou disseny de la xarxa que responga a les necessitats actuals i futures."

A la vista de les respostes comunicades per la mercantil FOBESA a la consulta municipal, l'arquitecte municipal, Sr. Juan Moscardó Egea, elabora un informe tècnic de data 1 de setembre de 2021, en el si d'un expedient d'informació urbanística, en el qual resumeix la postura manifestada per FOBESA, i hi afeg les consideracions següents:



#### “SEGON. Conclusions

(i) El terreny no té la condició de solar conformement a la legislació vigent i al Pla general, ja que no queda garantit el subministrament d'aigua potable amb cabal suficient per a l'edificació conforme a l'article 186 (condició jurídica de solar) del Decret legislatiu 1/2021, de 18 de juny, del Consell, d'aprovació del text refós de la Llei d'ordenació del territori, urbanisme i paisatge (d'ara endavant, TRLOTUP).

(ii) Les circumstàncies urbanístiques possibiliten l'atorgament de la llicència urbanística sobre la parcel·la de referència, conforme a l'article 187 del TRLOTUP, sempre que es garantisca prou la seua prèvia conversió en solar i el compromís de no utilitzar l'edificació fins a aquesta conversió.

A més, el promotor hauria de comprometre's a l'adhesió al règim jurídic que impose l'ajuntament respecte al subministrament d'aigua potable i a l'amortització de les instal·lacions d'ACUAMED, que es regularà amb la corresponent ordenança.

(iii) L'àmbit i sòl de referència **tindrà garantit el subministrament d'aigua potable tècnicament amb la completa i correcta posada en marxa de les instal·lacions d'ACUAMED** per a la dessaladora d'Orpesa i Cabanes.

A més de la posada en marxa de les instal·lacions d'ACUAMED, també seria necessària la posada en marxa de les 'obres de connexió de la xarxa d'aigua potable de la zona centre amb la zona d'urbanitzacions sud d'Orpesa (Castelló)', o facilitar el manteniment del cabal necessari des de la xarxa de Benicàssim, perquè en cas d'avaría de la planta dessaladora, poder garantir tècnicament el subministrament d'aigua potable a la zona sud (iv). I tot el que s'ha exposat sense perjudici del règim jurídic i contractual del subministrament (municipalització, concessió, conveni, etc.), o una possible suspensió de l'atorgament de llicències (article 68 del TRLOTUP).

#### TERCER. Qüestions

Davant la possibilitat d'atorgar una llicència condicionada (subministrament d'obra) a les urbanitzacions del sud del municipi d'Orpesa enumerades, i a l'espera de la garantia definitiva del subministrament que atorgue el cabal proporcionat per ACUAMED, és necessari plantejar la qüestió següent:

(i) ¿Quin és l'estat de tramitació/execució dels treballs necessaris per a la correcta i completa posada en marxa de les instal·lacions d'ACUAMED per a la dessaladora d'Orpesa i Cabanes en el rebombament sud del municipi?

[...]

(iii) ¿Existeixen terminis per a la completa i correcta posada en marxa del rebombament sud del municipi?"

En data 3 de setembre de 2021 es remeten les qüestions a ACUAMED, a fi que es pronuncien sobre aquestes.

Posteriorment, en data 29.10.2021 s'ha obtingut resposta a aquesta consulta de data 3 de setembre de 2021 mitjançant escrit de data 29.10.2021 (s'hi adjunta escrit núm. de registre d'eixida d'ACUAMED VAL-S-21-000120) en el qual textualment s'assenyala el següent:

“[...] Respecte al subministrament de la zona sud del municipi sobre el qual ens trasllada la consulta, traslladar-li que els aproximadament quatre anys transcorreguts des de la recepció de les obres fins a la sol·licitud de subministrament per part del municipi ha dificultat especialment la posada en servei del denominat rebombament sud, el funcionament del qual és imprescindible per a proveir amb aigua procedent de la dessaladora a aquesta zona d’Orpesa. A causa del temps transcorregut, s’ha precisat la tramitació d’un nou projecte del centre de seccionament independent (CSI) fins i tot amb la infraestructura ja executada; a més, a causa del canvi de normativa, existeixen elements en l’estació de rebombament que, fins i tot no havent-se utilitzat, s’han de substituir pel fet que no compleixen l’actual normativa elèctrica. Actualment aquesta estació de bombament no disposa de subministrament elèctric.”

Tal com s’ha indicat, s’ha precisat la tramitació d’un nou projecte l’aprovació del qual no depèn d’ACUAMED. Aquest projecte va ser resolt favorablement per l’alcaldia de l’Ajuntament el 7 de juliol de 2021:

“Considerant que l’objecte la instal·lació d’un centre de seccionament per a proporcionar a través de les xarxes d’alta tensió, un subministrament d’energia elèctrica regular a un CTC. La instal·lació que es projecta és necessària per a dotar de subministrament elèctric al CTC ACUAMED rebombament sud que alimenta la xarxa de bombament de l’aigua procedent de la dessaladora d’Orpesa als diferents municipis de la zona. *Després de la resolució favorable de l’Ajuntament, es va continuar amb el tràmit* administratiu del projecte i està pendent d’aprovació. Aquest termini no depèn d’ACUAMED, si bé s’estima que en l’últim trimestre de l’any es disposarà de l’aprovació per part de l’Organisme Competent en la matèria. ACUAMED, CIF: A-83174524 29/10/2021 REGISTRE – EIXIDA VAL-S-21-000120, signat digitalment per Antonio Alvar Alcaraz Alonso. Gerent territorial Conca del Xúquer, pàgina 2 de 2. Unit a la necessitat de l’aprovació del projecte indicat, per a poder donar d’alta el subministrament, es requereix actualitzar els elements de la instal·lació que no compleixen amb l’actual normativa elèctrica, generar la corresponent documentació administrativa, executar per part d’Iberdrola la connexió a la xarxa existent i realitzar les proves que corresponguen per a legalitzar la instal·lació. La connexió a la xarxa existent i l’alta del subministrament, a petició d’ACUAMED, la realitza la companyia elèctrica, per la qual cosa aquests terminis depenen principalment d’Iberdrola.

No obstant això, s’estima que, prèvia aprovació del projecte, es disposarà d’energia elèctrica a la fi d’aquest any o principis del pròxim, llevat que sorgisca algun imprevist en els tràmits amb la companyia o durant l’execució dels treballs i proves que es precisen.

Una vegada es dispose de subministrament elèctric, serà possible la posada en marxa de l’estació de bombament. Si bé és possible dur a terme algunes activitats abans de disposar d’energia elèctrica, la major part d’aquestes es podran realitzar quan estiga donat d’alta el subministrament. S’estima que, una vegada es dispose d’energia, es podrà iniciar el subministrament d’aigua des de la dessaladora a la zona sud d’Orpesa en un termini de tres mesos. No obstant això, el temps que ha transcorregut des de la finalització de l’obra pot haver deteriorat les instal·lacions o les conduccions; aquests danys, si n’hi ha, i la seua resolució, no es podran valorar fins a la posada en marxa d’aquestes infraestructures, moment en el qual se li podrà traslladar a l’Ajuntament un termini més ajustat de l’inici del proveïment d’aigua a la zona sud del municipi.”

Que en aquests moments no es pot licitar un contracte en lliure concurrència en la zona sud del municipi per al subministrament d’aigua, ja que no existeixen fonts d’aigua de titularitat de l’Ajuntament d’Orpesa, i que la zona sud s’està subministrant amb recursos hídrics de l’Ajuntament de Benicàssim que té atorgats els drets d’explotació l’empresa FOBESA.

Que l’Ajuntament d’Orpesa disposarà de recursos hídrics propis per a la zona sud quan ACUAMED estiga en disposició de subministrar, que segons s’ha indicat anteriorment podria ser en el primer trimestre de 2022,



però això no suposa que hi haja cabal suficient en cas d'avaria d'alguna instal·lació de la dessaladora, per la qual cosa és necessària una font d'aigua alternativa per a poder subministrar aquesta zona sud del municipi, i que actualment només disposa l'empresa FOBESA, fins que la infraestructura prevista en el projecte "OBRES DE CONNEXIÓ DE LA XARXA D'AIGUA POTABLE DE LA ZONA CENTRE AMB LA ZONA D'URBANITZACIONS SUD D'ORPESA (CASTELLÓ)" no estiga executada i previsiblement no estarà acabada fins a finals de 2022 o principis de 2023.

Que l'Ajuntament d'Orpesa vol signar un conveni amb duració limitada fins a la signatura del contracte de la nova concessió de les zones centre i sud amb l'empresa FOBESA per a aconseguir els objectius següents:

- ⌚ Regularitzar la situació de subministrament en la zona sud.
- ⌚ Subministrar aigua dessalada a la zona sud perquè siga de la mateixa qualitat que la de la resta del municipi.
- ⌚ Aplicar les tarifes de l'aigua aprovades per l'Ajuntament als usuaris de la zona sud, ja que actualment les tarifes que s'estan aplicant en la zona sud no estan aprovades per l'Ajuntament.
- ⌚ Poder facturar l'aigua en alta procedent de la dessaladora que l'Ajuntament entregara a l'empresa FOBESA.
- ⌚ Que en cas d'avaria de la dessaladora els usuaris de la zona sud no es queden sense subministrament d'aigua, ja que FOBESA podrà subministrar amb aigua procedent del municipi de Benicàssim.

D'acord amb el que s'ha exposat anteriorment, es formula la consulta següent:

"Sobre la base de la llibertat dels pactes de l'article 25 del text refós de la Llei de contractes del sector públic, és possible que aquest ajuntament pugua subscriure un conveni amb l'empresa FOBESA subministradora d'aigua potable de la zona sud en règim de mera tolerància, mentre s'està ultimant la tramitació del nou contracte de concessió de servei públic de subministrament d'aigua potable de la zona centre i sud, màximament una vegada s'ha extingit la concessió de la zona centre pel transcurs del termini d'aquesta sense possibilitat de pròrroga (sobre aquest tema s'adjunta sentència del TSJ de la Comunitat Valenciana de data 17 de juny de 2020) i tenint en compte a més que l'empresa FOBESA ha estat prestant amb recursos procedents del municipi confrontant, però sense títol concessional el servei de subministrament d'aigua potable en la zona sud."

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

L'article 6 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, disposa:

"Convenis i encàrrecs de gestió

1. Queden exclosos de l'àmbit d'aquesta llei els convenis el contingut dels quals no estiga comprés en el dels contractes regulats en aquesta llei o en normes administratives especials celebrats entre si per l'Administració General de l'Estat, les entitats gestores i els serveis comuns de la Seguretat Social, les universitats públiques, les comunitats autònomes i les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, les entitats locals, les entitats amb personalitat jurídica pública dependents d'aquestes i les entitats amb personalitat jurídica privada, sempre que, en aquest últim cas, tinguen la condició de poder adjudicador.

La seua exclusió queda condicionada al compliment de les condicions següents:

a) Les entitats intervinents no han de tindre vocació de mercat, la qual es presumirà quan realitzen en el mercat obert un percentatge igual o superior al 20 per cent de les activitats objecte de col·laboració. Per al

càlcul d'aquest percentatge es prendrà en consideració la mitjana del volum de negocis total o un altre indicador alternatiu d'activitat apropiat, com les despeses suportades considerades en relació amb la prestació que constituïska l'objecte del conveni en els tres exercicis anteriors a l'adjudicació del contracte. Quan, a causa de la data de creació o d'inici d'activitat o a la reorganització de les activitats, el volum de negocis o un altre indicador alternatiu d'activitat apropiat, com les despeses, no estiguen disponibles respecte dels tres exercicis anteriors o hagen perdut la seua vigència, serà suficient demostrar que el càlcul del nivell d'activitat es correspon amb la realitat, especialment, mitjançant projeccions de negoci.

b) Que el conveni establisca o desenvolupe una cooperació entre les entitats participants amb la finalitat de garantir que els serveis públics que els incumbeixen es presten de manera que s'aconseguisquen els objectius que tenen en comú.

c) Que el desenvolupament de la cooperació es guie únicament per consideracions relacionades amb l'interés públic.

2. Estaran també exclosos de l'àmbit d'aquesta llei els convenis que subscriuen les entitats del sector públic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu contingut no estiga comprés en el dels contractes regulats en aquesta llei o en normes administratives especials."

Per la seua part l'article 47 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, determina:

«Són convenis els acords amb efectes jurídics adoptats per les administracions públiques, els organismes públics i entitats de dret públic vinculats o dependents o les universitats públiques entre si o amb subjectes de dret privat per a un fi comú [...]. Els convenis no podran tindre per objecte prestacions pròpies dels contractes. En tal cas, la seua naturalesa i règim jurídic s'ajustarà al que es preveu en la legislació contractual del sector públic."»

La lectura dels esmentats preceptes determina la impossibilitat de subscriure un conveni per a la gestió del subministrament d'aigua potable amb l'empresa FOBESA atés que tractant-se d'un contracte de concessió de serveis regulat en els articles 284 a 297 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, i la Directiva 23/2014/UE, de 26 de febrer, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió. Aquesta defineix les concessions com a contractes a títol onerosos mitjançant els quals un o més poders o entitats adjudicadors confien l'execució d'obres o la prestació i gestió de serveis a un o més operadors econòmics. L'objecte d'aquests contractes és la contractació d'obres o serveis mitjançant una concessió la contrapartida de la qual consisteix en el dret a explotar les obres o serveis, o aquest mateix dret en conjunció amb un pagament. Aquests contractes poden comportar o no la transferència de la propietat als poders o entitats adjudicadors, però aquests obtenen sempre els beneficis derivats de les obres o serveis (considerant 11). I la concessió de serveis com un contracte a títol onerosos subscrit per escrit, en virtut del qual un o més poders o entitats adjudicadors confien la prestació i la gestió de serveis diferents de l'execució de les obres previstes en la lletra a a un o més operadors econòmics, la contrapartida dels quals és bé el dret a explotar els serveis objecte del contracte únicament, o aquest mateix dret en conjunció amb un pagament. (article 5.1.b).

Per tant, han de regir els principis bàsics de la contractació pública ressenyats en l'article 1, és a dir, llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors.

Tampoc cal aduir cap dret exclusiu de l'empresa en la gestió del subministrament d'aigua potable a les zones determinades en la consulta, atés que els drets exclusius d'acord amb la directiva esmentada suposen





un dret concedit per les autoritats competents d'un estat membre en virtut de qualsevol disposició legislativa, reglamentària o administrativa publicada que siga compatible amb els tractats, que tinga com a efecte limitar l'exercici d'una activitat a un únic operador econòmic i que afecte substancialment la capacitat dels altres operadors econòmics d'exercir una activitat (article 5.10 de la Directiva 23/2014/UE).

El que denota l'escrit de consulta és més aviat una falta d'assumpció per l'Ajuntament de les seues obligacions legalment establides en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, com a servei públic bàsic i essencial de prestació obligatòria i reservat a les entitats locals en l'article 86.2, que podran gestionar-lo directament o indirectament. Aquesta passivitat ha portat a una situació fàctica permetent que un servei essencial es gestione sense cap títol jurídic per una empresa privada, establint aquesta les tarifes a percebre dels usuaris, sota una aparença de legalitat.

Referent a això, ha de citar-se la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de desembre de 2001, de la Sala Tercera del Contenciós Administratiu, que nega vincle contractual sobre la base de la formalitat del dret de la contractació pública:

“Cal subratllar com una de les característiques específiques del contracte administratiu radica a ser essencialment formalista per contrast amb els principis espirituals que dominen la contractació civil i mercantil, atés que la formació del consentiment contractual en el dret administratiu està normalment sotmesa a un procediment de formalitats predeterminades que culminen amb l'acte final que assenyalava el moment en què es perfecciona el contracte i aquesta doctrina general és aplicable en la qüestió plantejada on els tràmits anteriors de naturalesa preparatòria, i per tant precontractual, precedeixen a l'efectiva formació del consentiment contractual en el qual radica la força obligatòria del contracte, mancant-se abans de cap dret adquirit a exigir el compliment d'obligacions contractuals, perquè la contractació administrativa és eminentment formal (7), exigint-se com a regla general la formació documental, administrativa o notarial del contracte i, en tal sentit, és necessari recordar que, conforme a les sentències d'aquest Tribunal de 25 de maig de 1976, de 13 de maig de 1982 i de 17 d'octubre de 1983, aquell es perfecciona mitjançant l'adjudicació definitiva, sent en virtut d'aquesta quan el contractista i l'Administració resten obligats al seu compliment, resultant inalterable amb tal perfeccionament per disposició legal, i no podran modificar-se les condicions del plec llevat que se celebri nova licitació.”

La solució més recomanable a la situació creada al marge de la legalitat contractual per la via dels fets amb total aquiescència de l'Administració, similar al precari, seria l'assumpció de la gestió directa del subministrament de les zones ressenyades i la corresponent realització de les obres necessàries per al mateix ajuntament, emparada en exigències d'interés públic, sense perjudici de la seua posterior incorporació, previs els tràmits precisos, a la licitació de la totalitat del subministrament.

En aquesta línia s'hauria d'aplicar a les concessions no formals les mateixes regles a l'efecte d'extinció de les mateixes que les que han nascut de la concessió formal, sense perjudici que a efectes indemnitzatoris s'haja d'estudiar el cas concret amb les inversions realitzades pel concessionari fàctic, sent el risc operacional el punt clau a efectes quantitatius i influents per a aconseguir acord indemnitzatori, si escau. Es considerarà que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estiga garantit que, en condicions normals de funcionament, vaja a recuperar les inversions realitzades ni a cobrir els costos que haja contret per a explotar les obres o els serveis que siguen objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposarà una exposició real a les incerteses del mercat que implique que qualsevol pèrdua potencial estimada en què incórrega el concessionari no és merament nominal o menyspreable (article 5.1 de la Directiva 23/2014/UE).

La Sentència del Tribunal Suprem, Sala Tercera Contenciosa Administrativa, de 8 d'abril de 2003, delibera

entorn d'un assortidor de carburant instal·lat sobre la via pública. Aquesta instal·lació succeeix a una altra primitiva que va ser autoritzada en virtut de contracte entre l'Estat i el concessionari aprovat per Reial decret llei de 10 de gener de 1928, conformement a l'article 17 del Reial decret de 28 de juny de 1927. No obstant això, per qüestions urbanístiques aquest assortidor va ser desmantellat i es va instal·lar en una altra ubicació al marge de qualsevol títol exprés. L'Ajuntament, a l'empara de l'article 120 del Reglament de béns de les corporacions locals, acorda posar fi a la situació de precari, de manera que la sentència acudeix a la figura del precari tolerat per a confirmar la legalitat de l'extinció:

"Com es desprén dels fets admesos per la sentència impugnada, l'estació de servei afectada va passar a la propietat de Campsa des de la constitució del monopoli de petroli i durant els llargs anys que transcorren fins a l'inici de l'expedient administratiu de recuperació, transformat després en expedient de desnonament administratiu, va ser, si més no, tolerada per l'Ajuntament. Aquesta sala ha declarat amb reiteració (sentències de 7 de maig de 1999, 11 de desembre de 2000, 11 de maig de 2001 i 25 de juliol de 2001, dictades, respectivament, en els recursos de cassació números 2179/1993, 7061/1993, 3485/1994 i 6324/1994) a propòsit de supòsits referents a concessions en precari de terrenys de domini públic i, amb més evidència, quan l'ocupació del demani s'ha produït en virtut d'una autorització en precari (tant més en aquest cas, en què l'autorització no expressa, sinó que s'infereix del transcurs del temps i de la falta d'oposició de l'Administració municipal), que l'administració pot declarar resolta la concessió o autorització, encara que no s'hagueren incomplert les condicions, sempre que es justifique que aquesta resolució obeeix a exigències de l'interés públic".

## CONCLUSIONS

PRIMERA. La concessió de subministrament d'aigua potable, ara prestat en règim de mera tolerància, no pot ser objecte d'un conveni amb la subministradora, atès que és un contracte i ha d'atindre's als principis bàsics de la contractació pública ressenyats en l'article 1, és a dir, llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, i no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors.

SEGONA. La solució a la situació creada al marge de la legalitat contractual per la via dels fets amb total aquiescència de l'Administració, símil al precari, seria l'assumpció de la gestió directa del subministrament de les zones ressenyades i la corresponent realització de les obres necessàries per al mateix Ajuntament, emparada en exigències d'interés públic, sense perjudici de la seua posterior incorporació, previs els tràmits precisos, a la licitació de la totalitat del subministrament. Per a això seria necessària a finalització de la situació fàctica creada.

Aquest 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, 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.

Vist i plau

EL PRESIDENT

SUBSECRETARI D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA  
En data 29 d'abril de 2022