

JUNTA
SUPERIOR
DE
CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

MEMORIA
2014



PRESENTACIÓN

La memoria de la Junta Superior de Contratación Administrativa de 2014 refleja claramente las tareas encomendadas en los diversos aspectos de su competencia.

Es de destacar en este año la información que, sobre la base del Registro Oficial de Contratos, reside en el portal de transparencia gva-Oberta, la cual se transmite mediante una aplicación que refleja los principales datos de los contratos formalizados, o adjudicados en el caso de los contratos menores,

Desde otro punto de vista, también hay que mencionar que la Junta Superior de Contratación Administrativa asume las tareas de clasificación de empresas contratistas de obras y servicios y que sus estadísticas de 2014, reflejadas en la presente memoria se aprecia un nuevo ascenso, principalmente en el número de anotaciones practicadas que incluyen además de la clasificación y la inscripción, los expedientes de mantenimiento de solvencia económica y financiera y mantenimiento de solvencia técnica y profesional. En resumen, puede decirse que la tónica iniciada en 2013 se mantiene a lo largo de 2014.

EL CONSELLER DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

PRESIDENTE DE LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA



ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
PRESENTACIÓN POR EL HBLE. CONSELLER DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO	2
I. ACTIVIDADES	4-24
I.1 INFORMES, DICTÁMENES, CIRCULARES, ACUERDOS.	4-5
I.2 REGISTRO OFICIAL DE CONTRATISTAS Y EMPRESAS CLASIFICADAS DE LA COMUNITAT VALENCIANA. CLASIFICACIÓN EMPRESARIAL.	6-15
I.3 REGISTRO OFICIAL DE CONTRATOS DE LA GENERALITAT.	16-24
II. APÉNDICE DE DOCUMENTACIÓN	25-111



I.- ACTIVIDADES CONSULTIVAS

En la *exposición de motivos* del Decreto 79/2000 de creación de la Junta se indica que ésta cumplirá funciones de consulta y asesoramiento en materia de contratación administrativa, y posibilitará la uniformidad de las actuaciones de los distintos órganos de contratación en la Comunitat Valenciana, y, por consiguiente, la unificación de la gestión contractual.

1 Informes, Dictámenes, Acuerdos, Circulares y Recomendaciones

1.1 Informes

Durante el ejercicio de 2014, la Junta aprobó un total de 13 informes con carácter no preceptivo, todos ellos a solicitud de entidades locales.

El detalle de los informes aprobados por la Junta es el siguiente:

Tipo entidad solicitante	Referencia	Informe
Ayuntamiento de Utiel	1/2014	Modificación de contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión de abastecimiento de agua potable. Ampliación o reducción del objeto del contrato.
Ayuntamiento de Algemesí	2/2014	Contratos de defensa jurídica y judicial de empleados públicos.
Ayuntamiento de Náquera	3/2014	Renuncia a la celebración de un contrato. Necesaria motivación. Improcedencia de la declaración de desierto.
Ayuntamiento de Benicarló	4/2014	Reforma y ampliación de piscina municipal. Contrato de gestión de servicio público o contrato concesión de obra pública.
Ayuntamiento de El Campello	5/2014	Contratación de los servicios para el mantenimiento integral y de conservación de las instalaciones del alumbrado público y de suministro de energía e instalación de medidas de eficiencia energética.
Ayuntamiento de Biar	6/2014	Alcance de la obligación de subrogación de personal en un contrato de gestión de servicios públicos.
Ayuntamiento de Paterna	7/2014	Contrato de servicio de recogida y custodia de animales de compañía. Ley 4/1994, de 8 de julio de la Generalitat Valenciana sobre protección de los animales de compañía.
Ayuntamiento de Guardamar del Segura	8/2014	Contrato de concesión de gestión del servicio de saneamiento de aguas residuales. Alcance de los informes de la Junta. Obras a realizar por el concesionario y obras objeto de licitación.



Ayuntamiento de Requena	9/2014	Contratación de obras no incluidas en el proyecto verbalmente por orden de la dirección de obra. Inexistencia de modificación de contrato. Enriquecimiento injusto. Exceso de medición superior al 10%.
Ayuntamiento de Torreveja	10/2014	Duración de un contrato de prestación de servicios. Cálculo del valor estimado de los contratos. Contratos de espectáculos. Contratos con asociaciones culturales y Ongs. Contratos con medios de comunicación. Contratos mixtos. Contratos financiados con subvenciones.
Ayuntamiento de Paterna	11/2014	Garantía complementaria como criterio de adjudicación. La valoración del precio en función de la baja al tipo de licitación.
Ayuntamiento de Ibi	12/2014	Gastos generales y beneficio industrial en contratos de concesión de servicios públicos.
Ayuntamiento de Estivella	13/2014	Ejecución de obras para el funcionamiento de un servicio público gestionado en régimen de concesión, que no se encuentren expresa y detalladamente relacionadas y comprendidas en el correspondiente contrato de gestión de servicios públicos. Exigencia de garantía definitiva en los contratos menores.

1.2 Dictámenes

Durante 2014 no se emite ningún dictamen interpretativo o preceptivo.

1.3 Circulares e Instrucciones

Durante 2014 se emite la Instrucción 1/2014, de 3 de febrero, de la subsecretaría de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública en relación con la comunicación de los contratos al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat.

1.4 Acuerdos

Durante 2014 no se emite ningún acuerdo.



I.2. Registro Oficial de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana

2.1 Aspectos generales

Desde el año 2008, con la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público aprobada el año anterior, la clasificación de las empresas contratistas de obras o de servicios pasó a ser indefinida siempre que las empresas mantuvieran los requisitos de solvencia en los que se basó su clasificación. Durante los años posteriores a la entrada en vigor de la citada ley, que coincidió con un descenso en la contratación del sector privado, se incorporaron un elevado número de empresas de actividades diferentes. En los últimos años de crisis económica y a partir de 2011 el ritmo de crecimiento ha sido mucho menor, estabilizándose a partir de 2012.

En el momento de redactar esta memoria -septiembre de 2015- la situación del Registro de Contratistas es la siguiente:

Número de empresas en activo: 2.093

Número de empresas clasificadas: 1.101, distribuidas de la siguiente forma, según el domicilio social:

<i>Domicilio social</i>	<i>Nº Empresas clasificadas</i>
Alicante	157
Castellón	103
Valencia	564
Fuera de la CV	277

En 2014, además de tramitarse los expedientes de clasificación y de revisión de la clasificación de las empresas clasificadas por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, iniciados a instancia de parte, se han venido realizando las preceptivas comprobaciones del mantenimiento de solvencia económica y financiera y de la solvencia técnica y profesional de las empresas a las que les corresponde cada año y cada trienio, respectivamente, desde que obtuvieron la clasificación indefinida.

Por otra parte, se ha continuado con la actividad de registro y mantenimiento de los datos de empresas que no están clasificadas por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y que se inscriben voluntariamente en el Registro de contratistas en la sección 2ª del mismo, a efectos de acreditación de sus circunstancias relativas a capacidad de obrar, domicilio social, apoderamientos y, en su caso, clasificación estatal.



2.2 Resumen general de la actividad del Registro

Durante 2014 la actividad del registro se refleja en el cuadro siguiente:

Cuadro 2.1 Resumen de la actividad d el Registro (2014)

	Total	Secc1	Secc2
Total anotaciones practicadas	1342	1098	244
Inscripción en el Registro	129	66	63
Cambio de Sección 1ª a 2ª	0	0	0
Cambio de Sección 2ª a 1ª	6	6	0
Cancelación de Inscripción por Caducidad	0	0	0
CANCELACIÓN INSCRIPCIÓN A INSTANCIA DE PARTE	0	0	0
Inscripción de la Prohibición/Suspensión	2	2	0
Baja de la Prohibición/Suspensión	0	0	0
Falsedad o Inexactitud de datos	0	0	0
Disolución o Cese de Actividad	0	0	0
Cambio de Domicilio fuera de la Comunidad Valenciana	0	0	0
Corrección de Errores	0	0	0
Cambio de Nombre o Denominación Social	19	8	11
Cambio de NIF/CIF	0	0	0
Cambio de Domicilio, CP, Población, País	32	18	14
Alta o Modificación del objeto social	57	40	17
Modificación de datos de Apoderados	58	15	43
Alta de Nuevos Apoderados	57	26	31
Baja de Apoderados	33	18	15
Alta y Baja de Apoderados	31	3	28
Altas de nuevas clasificaciones G.V.	20	20	0
Baja de clasificación otorgada por la G.V. por caducidad	12	12	0
Altas de nuevas clasificaciones otorgadas por otros organismos	11	5	6
Baja de clasificación de otros organismos por caducidad	8	2	6
Suspensión de clasificación otorgadas por la G.V.	0	0	0
Suspensión de clasificación de otros organismos	0	0	0
Revisión de clasificación	10	10	0
Prórrogas a la clasificación	0	0	0
Revisión de clasificación otros organismos	8	1	7
Efectos Generales: Alta de clasificaciones otorgadas por otros organismos	0	0	0
Alta de Garantía Global	0	0	0
Baja de Garantía Global	0	0	0
Renovación de la clasificación	0	0	0
Revisión. Revisión Clasificación	15	15	0
Revisión. Revocación Clasificación	105	103	2
Revisión. Mantener Clasificación	633	632	1
Revisión. Cancelación inscripción Registro	96	96	0

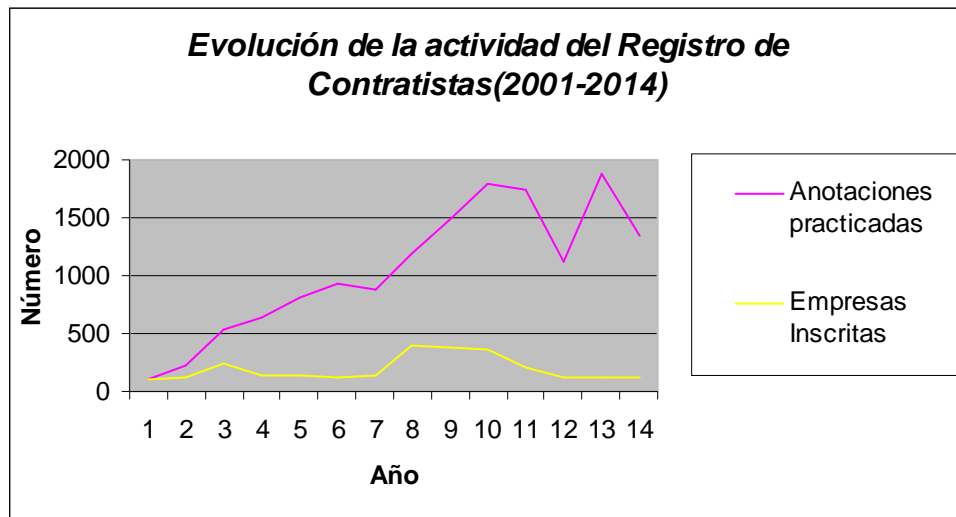
En esta tabla se reflejan las anotaciones registrales de todas las empresas inscritas, tanto las clasificadas por la Generalitat o por el Ministerio de Hacienda, como las que no poseen clasificación.



La sección 1ª se reserva exclusivamente a las empresas clasificadas por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, que se inscriben de oficio en cuanto obtienen la clasificación.

En el siguiente gráfico se observa la evolución de la actividad del registro desde su inicio:

Gráfico 2.1.-



Distribuido por secciones:

Gráfico 2.2.-Evolución de la actividad en la sección 1ª del Registro de Contratistas (2001-2014)

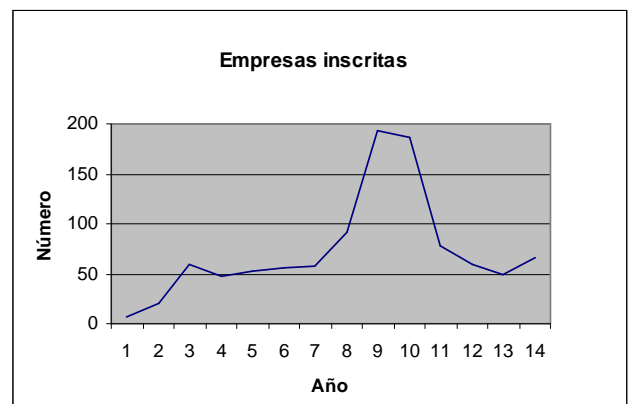
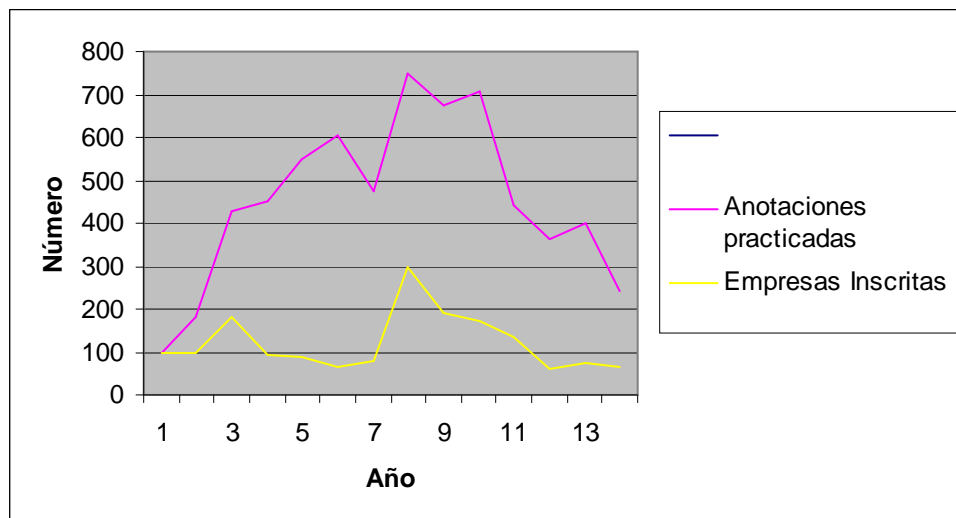


Gráfico 2.3.-Evolución de la actividad en la sección 2ª del Registro de Contratistas (2001-2014)



Los gráficos reflejan que, desde el inicio, el Registro ha tenido un incremento paulatino hasta el periodo más activo entre los años 2008 y 2011, con la incorporación de un buen número de empresas provenientes del sector privado. En 2012 se produce un mínimo en su actividad. Sin embargo, a partir de 2013 se aprecia un nuevo ascenso, principalmente en el número de anotaciones practicadas que incluyen además de la clasificación y la inscripción, los expedientes de mantenimiento de solvencia económica y financiera y mantenimiento de solvencia técnica y profesional. En resumen, puede decirse que la tónica iniciada en 2013 se mantiene a lo largo de 2014.

2.3 Empresas afectadas por trámites de clasificación e inscripción durante 2014.

En el cuadro 2.2 que figura más adelante se expone el resumen de las empresas afectadas por expedientes tramitados en el Registro, tanto por obtención de clasificación y revisión de la misma durante 2014 en la sección 1ª, como por inscripciones en la Sección 1ª y 2ª.

Se han visto afectadas por trámites de clasificación e inscripción de empresas ya clasificadas por la Junta Superior de Contratación Administrativa un total de 326 empresas, 99 como contratistas de obras, 197 como contratistas de servicios y 30 de ambos casos.

En conjunto, el total de trámites que afectan a empresas inscritas en el Registro Oficial de Contratistas y Empresas Clasificadas en el ejercicio 2014 han sido de 461, en empresas de las cuales 380 tienen su domicilio en la Comunidad Valenciana y, de éstas, 340 se encuentran clasificadas. El cuadro 2.4 y el gráfico correspondiente muestran la distribución territorial de los trámites de empresas inscritas según la provincia donde radica el domicilio social.



**Quadre 2.2 Resum de les empreses inscrites en el Registre/
Cuadro 2.2 Resumen de las empresas inscritas en el Registro (2014)**

	Total	Sec 1^a	Sec 2^a
Nombre d'empreses inscrites/ <i>Número de empresas inscritas</i>	461	326	135
Del total, Nombre d'empreses classificades/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas</i>	368	326	42
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras por la GV</i>	129	129	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios por la GV</i>	227	227	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras M^o Hacienda</i>	36	17	19
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios M^o Hacienda</i>	54	18	36
Província: Alacant/Provincia: Alicante			
Nombre d'empreses inscrites/ <i>Número de empresas inscritas</i>	46	39	7
Del total, Nombre d'empreses classificades/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas</i>	42	39	3
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras por la GV</i>	19	19	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios por la GV</i>	21	21	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras M^o Hacienda</i>	3	0	3
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios M^o Hacienda</i>	2	0	2
Província: Castelló/Provincia: Castellón			
Nombre d'empreses inscrites/ <i>Número de empresas inscritas</i>	44	37	7
Del total, Nombre d'empreses classificades/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas</i>	38	37	1
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras por la GV</i>	15	15	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios por la GV</i>	28	28	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras M^o Hacienda</i>	1	0	1
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios M^o Hacienda</i>	3	2	1



Província: València/Provincia: Valencia			
Nombre d'empreses inscrites/ <i>Número de empresas inscritas</i>	290	247	43
Del total, Nombre d'empreses classificades/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas</i>	260	247	13
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras por la GV</i>	95	95	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios por la GV</i>	175	175	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras Mº Hacienda</i>	23	17	6
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios Mº Hacienda</i>	27	16	11
Total Comunitat Valenciana/Total Comunidad Valenciana			
Nombre d'empreses inscrites/ <i>Número de empresas inscritas</i>	380	323	57
Del total, Nombre d'empreses classificades/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas</i>	340	323	17
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras por la GV</i>	129	129	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis per la GV/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios por la GV</i>	224	224	0
Del total, Nombre d'empreses classificades en Obres Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Obras Mº Hacienda</i>	27	17	10
Del total, Nombre d'empreses classificades en Serveis Min. Hisenda/ <i>Del total, Número de empresas clasificadas en Servicios Mº Hacienda</i>	32	18	14

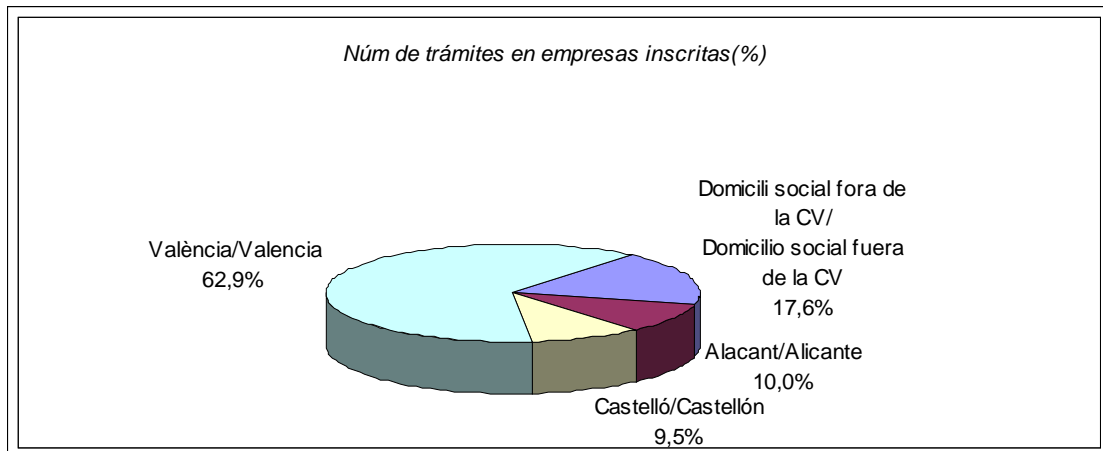
De los datos reflejados, se desprende que aunque en 2012 se había moderado notablemente respecto al ejercicio 2011, el número de empresas que habían hecho uso de estos servicios, parece que, con la reactivación de la economía en 2013 y continuación de esta tendencia en 2014, las empresas se ponen al día, actualizando sus datos en el Registro.



Cuadro 2.3: Distribución los trámites en 2014 de las empresas inscritas, según su domicilio social.

	Nombre de tràmits/ Núm trámites	%
Domicili social fora de la CV/ <i>Domicilio social fuera de la CV</i>	81	17,6
Domicili social en la CV/ <i>Domicilio social en la CV</i>	380	82,4
Alacant/Alicante	46	10,0
Castelló/Castellón	44	9,5
València/Valencia	290	62,9

Gráfico 2.4: Distribución territorial de los trámites de las empresas inscritas en 2014





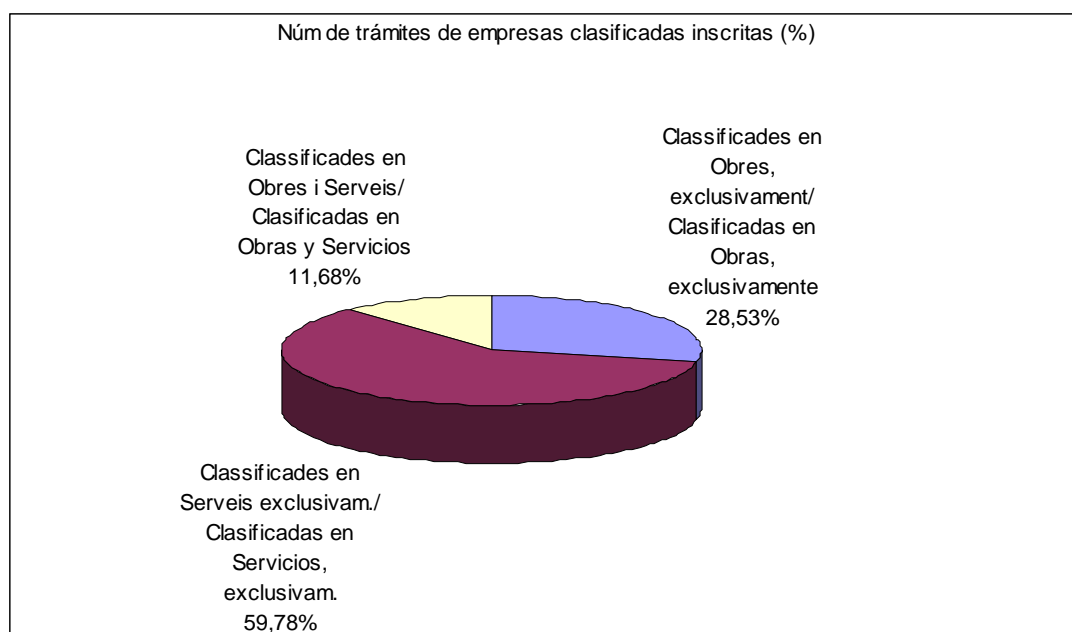
Por especialización de las empresas inscritas, se observa que vuelve a ser más elevado el número de empresas clasificadas que han realizado trámites en 2014 como contratista de servicios frente a las empresas clasificadas como contratistas de obras. Esta tendencia se había invertido en los periodos anteriores, desde 2007 hasta 2011, años en los que la caída de la actividad de la construcción en el sector privado había llevado a las empresas a buscar una vía en el sector público

En el cuadro y gráfico que figura a continuación se resumen los datos correspondientes:

Cuadro 2.4: Distribución de los trámites en 2014 de las empresas clasificadas, según el ámbito de su clasificación.

	Nombre de tràmits/ Núm tràmites	%
Classificades en Obres, exclusivament/ <i>Classificadas en Obras, exclusivamente</i>	105	28,5%
Classificades en Serveis exclusivam./ <i>Classificadas en Servicios, exclusivam.</i>	220	59,8%
Classificades en Obres i Serveis/ <i>Classificadas en Obras y Servicios</i>	43	11,7%
Total	368	100%

Gráfico 2.5: Distribución de los trámites de las empresas clasificadas





2. 4. Revisiones anuales de la solvencia económica y financiera de las empresas clasificadas

El 16 de junio de 2009 entró en vigor el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y, entre otras normas, se establece el procedimiento para que las empresas clasificadas justifiquen anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la ley, donde se establece que las clasificaciones concedidas conforme a la misma tendrán una vigencia indefinida si bien las empresas clasificadas deben acreditar anualmente el mantenimiento de su solvencia económica y financiera y cada tres años el de su solvencia técnica o profesional.

En el último trimestre de 2009 se iniciaron las revisiones anuales de las primeras empresas clasificadas con vigencia indefinida, es decir, aquellas cuya solicitud de clasificación se presentó a partir del 1 de mayo de 2008, fecha de la entrada en vigor de la ley de contratos del Sector Público.

De 2010 hasta 2014 se han continuado las revisiones anuales de mantenimiento de la solvencia económica, que afectan a la totalidad de empresas con clasificación en vigor que hayan obtenido la clasificación con al menos un año de antelación, las cuales están obligadas a presentar, antes del 1 de septiembre posterior al cierre del ejercicio, una declaración responsable relativa a su cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil.

En el cuadro siguiente se reflejan los datos más relevantes del ejercicio 2014, en el que se observa que de las 585 empresas revisadas (expedientes concluidos) en el período, ha habido que proceder a la revocación de la clasificación de 56 empresas, es decir, un 9.57%. En 2013 esta cifra ascendió a 14.34%. También hay que señalar que dichas revisiones atienden a los resultados contables del ejercicio 2013, en el que se percibe un deterioro de la situación patrimonial de bastantes empresas, hecho que viene observándose desde el ejercicio 2008.

Cuadro 2.5: Revisiones anuales de la solvencia económica de las empresas clasificadas por la GV

AÑO: 2014	Total	Alicante	Castellón	Valencia
Expedientes tramitados	585	66	87	387
Empresas que han mantenido la clasificación obtenida	516	59	82	338
De las anteriores, empresas de obras	234	39	42	135
De las anteriores, empresas de servicios	282	20	40	203
Empresas a las que se ha reducido alguna categoría pero continúan clasificadas	13	0	4	9
De las anteriores, empresas de obras	10	0	3	7
De las anteriores, empresas de servicios	3	0	1	2
Empresas a las que se ha revocado la clasificación por no presentar la documentación acreditativa de la solvencia	56	7	1	40
De las anteriores, empresas de obras	38	5	1	27
De las anteriores, empresas de servicios	18	2	0	13
Empresas a las que se ha revocado la clasificación por disminución de solvencia	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de obras	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de servicios	0	0	0	0



2. 5. Revisiones trienales de la solvencia técnica y profesional de las empresas clasificadas

El artículo 70 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público establece que las clasificaciones concedidas tendrán una vigencia indefinida, si bien las empresas clasificadas deben acreditar anualmente el mantenimiento de su solvencia económica y financiera y cada tres años el de su solvencia técnica o profesional.

Después de la entrada en vigor de la Ley, en su redacción inicial de 2007, no fue sino a partir de la segunda mitad de 2011 cuando comenzaron a haber empresas clasificadas e inscritas en la sección 1ª, es decir, clasificadas por la Junta Superior Administrativa de la Generalitat Valenciana, que habían cumplido tres años desde la fecha de acuerdo de su clasificación y que, por tanto, debían acreditar el mantenimiento de su solvencia técnica y profesional.

En el último trimestre de 2011 se iniciaron los primeros expedientes para la acreditación trienal del mantenimiento de la solvencia técnica y profesional, actividad que ha continuado a lo largo de 2012 y 2013 hasta superar los dos centenares de expedientes tramitados en este último año.

En el cuadro siguiente se reflejan los datos más relevantes del ejercicio 2014, en el que se observa que de las 148 empresas revisadas (expedientes concluidos) en el período, se han revocado 43 clasificaciones de empresas por no presentar la documentación solicitada y ninguna por disminución de las condiciones de solvencia técnica necesarias para mantenerla.

Cuadro 2.6: Revisiones trienales de la solvencia técnica de las empresas clasificadas por la GV

AÑO: 2013	Total	Alicante	Castellón	Valencia
Expedientes tramitados	148	21	21	97
Empresas que han mantenido la clasificación obtenida	105	15	17	69
De las anteriores, empresas de obras	50	8	7	32
De las anteriores, empresas de servicios	55	7	10	37
Expedientes de empresas a las que se ha reducido alguna categoría/subgrupo pero continúan clasificadas	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de obras	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de servicios	0	0	0	0
Empresas a las que se ha revocado la clasificación por no presentar la documentación acreditativa de la solvencia	43	6	4	28
De las anteriores, empresas de obras	29	6	3	19
De las anteriores, empresas de servicios	14	0	1	9
Empresas a las que se ha revocado la clasificación por disminución de solvencia	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de obras	0	0	0	0
De las anteriores, empresas de servicios	0	0	0	0



3 Registro Oficial de Contratos

3.1 Funcionamiento del Registro Oficial de Contratos

El Registro Oficial de Contratos (en lo sucesivo, el Registro) es un registro público que descansa exclusivamente sobre un soporte electrónico o informático, en el que los documentos originales no se mueven de la unidad administrativa responsable de su archivo y custodia, ni tampoco tienen que duplicarse, compulsarse y remitirse, y en el que los datos son certificados y comunicados telemáticamente por las propias unidades dependientes de los órganos de contratación, con el valor añadido de incorporarse a una base de datos que, prescindiendo de los datos de carácter personal protegidos, facilita su explotación estadística y su visión global o de conjunto.

La aplicación del Registro permite igualmente la integración con otras aplicaciones corporativas, especialmente, con la aplicación corporativa del Expediente de Contratación, la cual puede utilizarse para la gestión completa de una licitación o contrato administrativo incluyendo las funcionalidades necesarias para efectuar la comunicación de los datos al Registro.

En conjunto, el sistema implantado permite tanto la comunicación de datos por las unidades administrativas de contratación de cualquier departamento o entidad, como la inscripción de los mismos y el mantenimiento del Registro por la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa incluyendo la elaboración de listados o informes, estadísticas básicas y certificados.

Los usuarios autorizados por las diferentes Consellerias y del Sector Público instrumental de la Generalitat para comunicar los datos de los contratos formalizados acceden y operan en el Registro desde sus puestos de trabajo y con sus propios ordenadores, previa acreditación como usuarios autorizados. La inserción de datos o la operación se efectúan *on line* en conexión con el servidor de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico (antes Conselleria de Hacienda y Administración Pública), donde reside la aplicación y las bases de datos del Registro. De esta forma, los usuarios no precisan tener instalada la aplicación en sus propios ordenadores o servidores y cualquier cambio o modificación en aquella se encuentra inmediatamente disponible para todos ellos. Al mismo tiempo, los usuarios de cada Conselleria o ente del sector público instrumental pueden en cualquier momento consultar o acceder a los contratos registrados o comunicados por ellos, comprobar si ya han sido inscritos oficialmente, actualizarlos u obtener listados o estadísticas de los correspondientes a su ámbito.

En la actualidad se podría decir que la totalidad de las Consellerias y entidades del sector público instrumental de la Generalitat disponen o pueden disponer de acceso al Registro, y desde 20/01/2011 el acceso se realiza a la versión del Registro ya actualizada al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de aquella.

Igualmente, durante el período de referencia la Conselleria de Hacienda y Administración Pública (denominada así en 2014), ha continuado manteniendo una atención permanente a las peticiones de formación de nuevos usuarios y a las consultas efectuadas, y se ha mejorado la aplicación informática del Registro.

Por último, continúa la colaboración entre la Sindicatura de Comptes de la Generalitat y la Secretaría de esta Junta, con el objeto de dar cumplimiento a la normativa vigente, en lo que a comunicación y remisión de información relativa a contratos se refiere. Además, la Sindicatura de Comptes puede desde 2003 acceder a la aplicación del Registro y explotar la base de datos con las utilidades que ofrece.

3.2 Actividad del Registro



El 18 de junio de 2013 se publica la Orden 11/2013, de 17 junio, de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública, por la que se dictan las normas de funcionamiento y comunicación de datos al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat. En su artículo primero, se indica la obligatoriedad de comunicar al Registro los contratos de obras o de concesión de obras públicas en los que su importe, excluido el impuesto sobre el valor añadido, o su valor estimado sea igual o superior a nueve mil euros, e igual o superior a tres mil euros en cualquier otro tipo de contrato. Por ello, a partir del 1 de julio de 2013, fecha de la entrada en vigor de la Orden citada, se comienzan a comunicar los contratos menores adjudicados a partir de esa fecha.

Por su parte la Ley 5/2013, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat. En su Disposición adicional Segunda regula la contratación menor en los siguientes términos:

1. La adjudicación de los contratos menores de obras y concesión de obras públicas de la administración de la Generalitat, sus entidades autónomas, entidades de derecho público, los entes del sector público empresarial y fundacional de importe igual o superior a 30.000€, IVA excluido, y la de los restantes contratos menores de importe igual o superior a 6.000€, IVA excluido, requerirán para su aprobación que se hayan solicitado al menos tres ofertas, siempre que ello sea posible.

2. Las empresas cuyas ofertas se soliciten no podrán pertenecer a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio. A estos efectos, las empresas deberán acompañar junto a la oferta, en su caso, declaración del grupo empresarial al que pertenezcan y de las empresas que lo integran.

3. La selección de la oferta, en igualdad de condiciones, recaerá sobre la de menor precio.

4. En Las comunicaciones y trámites con las empresas a los efectos de la adjudicación de los contratos se podrán utilizar medios telemáticos.

5. De todo lo actuado deberá quedar constancia documental.

Esta disposición normativa ha tenido su repercusión en el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, por cuanto ha obligado a modificar la aplicación a los efectos de poder introducir el nº de empresas invitadas a presentar oferta. Lo que conlleva también su posible explotación estadística.

En los cuadros 3.2.1 a 3.2.4 se exponen los datos más relevantes de la actividad registral propiamente dicha, referida exclusivamente a los contratos correspondientes al ejercicio 2014. Con carácter general, el criterio de imputación registral a cada ejercicio se corresponde con la fecha de formalización de los contratos, o de adjudicación.

Respecto a las cifras y porcentajes indicados, hay que matizar que no se ha realizado distinción de aquellos expedientes que por sus características puedan no tener un precio de adjudicación como tal, conforme a la legislación vigente. Por otro lado, en cuanto al tema del IVA, en las cifras reflejadas figura IVA incluido.

En cuanto a la actividad registral, los cuadros no contemplan las entidades o empresas públicas con actividad registral nula o con actividad registral cuyo contenido no se ajusta al establecido.

De acuerdo con la normativa vigente, deberían haber sido comunicados, con las excepciones legalmente previstas, los contratos formalizados durante 2014 por los órganos de contratación correspondientes a:



- a) La Administración de la Generalitat
- b) Los entes del Sector Público instrumental de la Generalitat cuyos presupuestos se encuentren integrados en el Presupuesto consolidado de la Generalitat para cada ejercicio económico.
- c) El resto de entidades no descritas con anterioridad y que formen parte del Sector Público de la Generalitat, conforme a lo establecido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se exceptúa de la obligatoriedad de su comunicación al Registro los considerados como contratos patrimoniales, por estar, asimismo excluidos, de la aplicación de la normativa en materia de contratación pública. Igualmente se exceptúan las denominadas peticiones de bienes o servicios de contratación centralizada realizadas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en las que no existe adjudicación ni formalización por el órgano de contratación de la Generalitat o su sector público instrumental.



RESUMEN DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL EJERCICIO 2014

CUADRO 3.2.1: CONTRATOS INSCRITOS

	Número	%	Importe(€)	%
Total Contratos	6.995	100,00%	775.748.911,00	100,00%
Consellerias	4.462	63,79%	569.317.816,95	73,39%
Sector Público instrumental	2.533	36,21%	206.431.094,05	26,61%

CUADRO 3.2.2: CONTRATOS MENORES Y NO MENORES INSCRITOS

	Número	%	Importe (€)	%
Total Contratos	6.995	100,00%	775.748.911,00	100,00%
Total Contratos menores	5.554	79,40%	58.288.885,63	7,51%
Total Contratos no menores	1.441	20,60%	717.460.025,37	92,49%

Consellerias				
Total Contratos	4.462	100,00%	569.317.816,95	100,00%
Contratos menores	3.576	80,14%	39.258.122,36	6,90%
Contratos no menores	886	19,86%	530.059.694,59	93,10%

Sector Público instrumental				
Total Contratos	2.533	100,00%	206.431.094,05	100,00%
Contratos menores	1.978	78,09%	19.030.763,27	9,23%
Contratos no menores	555	21,91%	187.400.330,78	90,78%

CUADRO 3.2.3: CONTRATOS MENORES Y NO MENORES INSCRITOS, POR TIPO DE CONTRATO

		Número	%	Importe (€)	%
Consellerias					
Contratos menores	Total	3.576	100,00%	39.258.122,36	100,00%
	Obras	285	7,97%	8.610.423,88	21,93%
	Servicios	883	24,69%	9.524.154,42	24,26%
	Suministros	2.405	67,26%	21.096.302,07	53,74%
	Otros ⁽¹⁾	3	0,08%	27.241,99	0,07%
Contratos no menores	Total	886	100,00%	530.059.694,59	100,00%
	Obras	65	7,34%	114.197.296,26	21,54%
	Servicios	359	40,52%	208.929.442,88	39,42%
	Suministros	452	51,02%	205.571.526,77	38,78%
	Otros ⁽¹⁾	10	1,13%	1.361.428,68	0,26%
Sector Público instrumental					
Contratos menores	Total	1.978	100,00%	19.030.763,27	100,00%
	Obras	84	4,25%	2.102.394,62	11,05%
	Servicios	1.139	57,58%	10.078.133,49	52,96%
	Suministros	640	32,36%	5.797.773,56	30,47%
	Otros ⁽¹⁾	115	5,81%	1.052.461,60	5,53%
Contratos no menores	Total	555	100,00%	187.400.330,78	100,00%
	Obras	36	6,49%	33.448.473,58	17,85%
	Servicios	299	53,87%	901.94.418,52	48,13%
	Suministros	196	35,32%	33.757.615,49	18,01%
	Otros ⁽¹⁾	24	4,32%	29.999.823,19	16,01%

⁽¹⁾ Incluye contratos administrativos especiales, de gestión de servicios públicos y otros



CUADRO 3.2.4: RESUMEN DE LA ACTIVIDAD REGISTRAL EJERCICIO 2014

Volumen presupuestario de contratos registrados según procedimiento de adjudicación

Procedimiento	Total Contratos			
	Número de contratos	%	Importe acumulado de Adjudicación (€)	%
Abierto	666	9,52%	488.402.231,87	62,96%
Negociado	1.073	15,34%	59.539.650,47	7,68%
Restringido	4	0,06%	451.159,22	0,06%
Adjudicación directa previa consulta a una empresa	1.633	23,35%	13.674.447,35	1,76%
Adjudicación directa previa consulta a varias empresas	3.452	49,35%	40.131.086,31	5,17%
Basado en acuerdo marco celebrado con varios empresarios	99	1,42%	105.968.960,14	13,66%
Basado en acuerdo marco concluido con un único empresario	38	0,54%	65.264.430,22	8,41%
Según instrucciones (poder adjudicador no Administración Pública)	27	0,39%	503.308,24	0,06%
Emergencia	3	0,04%	1.813.637,18	0,23%
Total	6.995	100,00%	775.748.911,00	100,00%



Procedimiento	Consellerias			
	Número de contratos	%	Importe acumulado de Adjudicación (€)	%
Abierto	458	10,26%	340.667.307,75	59,84%
Negociado	334	7,49%	36.389.930,91	6,39%
Restringido	2	0,04%	24.253,07	0,00%
Adjudicación directa previa consulta a una empresa	885	19,83%	8.063.949,09	1,42%
Adjudicación directa previa consulta a varias empresas	2.675	59,95%	31.019.722,91	5,45%
Basado en acuerdo marco celebrado con varios empresarios	85	1,90%	100.533.771,61	17,66%
Basado en acuerdo marco concluido con un único empresario	22	0,49%	51.590.688,14	9,06%
Emergencia	1	0,02%	1.028.193,47	0,18%
Total	4.462	100,00%	569.317.816,95	100,00%

Procedimiento	Entidades			
	Número de contratos	%	Importe acumulado de Adjudicación (€)	%
Abierto	208	8,21%	147.734.924,12	71,57%
Negociado	739	29,17%	23.149.719,56	11,21%
Restringido	2	0,08%	426.906,15	0,21%
Adjudicación directa previa consulta a una empresa	748	29,53%	5.610.498,26	2,72%
Adjudicación directa previa consulta a varias empresas	777	30,68%	9.111.363,40	4,41%
Basado en acuerdo marco celebrado con varios empresarios	14	0,55%	5.435.188,53	2,63%
Basado en acuerdo marco concluido con un único empresario	16	0,63%	13.673.742,08	6,62%
Según instrucciones (poder adjudicador no Administración Pública)	27	1,07%	503.308,24	0,24%
Emergencia	2	0,08%	785.443,71	0,38%
Total	2.533	100,00%	206.431.094,05	100,00%



3.3 El Registro de Contratos como vehículo de transparencia

La publicación en el BOE de 10 de diciembre de 2013 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, contempla hacer públicos “como mínimo, la información de todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato”.

Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

En este sentido se ha dispuesto de una aplicación web, que reside en gva Oberta, con la información sobre los contratos de la Generalitat y su sector público instrumental , con mayor detalle que la requerida como mínimo por la Ley 19/2013.

Y ello es porque dicha información se nutre directamente de los datos consignados en el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat. Además, la actualización es continua a medida que se inscribe un contrato. Por lo que, en el caso de los contratos menores, no se limita a la información trimestral.

Así se ofrece la siguiente información:

Datos generales

- Entidad contratante
- Objeto
- Tipo de contrato
- Adjudicatario
- Fecha de adjudicación
- Fecha de formalización
- Lugar de ejecución
- Lotes
- Estado
- Tipo de tramitación
- Plazo de ejecución
- Plazo máximo de ejecución incluidas las prórrogas

Presupuesto de licitación

- Importe IVA excluido
- Importe IVA
- Importe total
- Sistema de precios



Publicación

- Diario o Boletín oficial, incluido el perfil de contratante
- Fecha de publicación de la licitación

Adjudicación y formalización

- Procedimiento
- Forma de adjudicación
- N° de licitadores / n° empresas invitadas
- Nacionalidad del adjudicatario
- Fecha de adjudicación
- Fecha de formalización
- NIF/CIF del adjudicatario
- Nombre (o razón social)
- En su caso, empresas que integran la UTE
- Importe de adjudicación IVA excluido
- Importe IVA
- Importe total adjudicación

Lotes

Incidencias: Aquí se daría información sobre

- Modificaciones
- Prórrogas
- Cesión de contratos
- Revisiones de precio
- Cualquier otra variación de plazo e importe

Conclusión o extinción del contrato

- Extinción por cumplimiento
- Extinción por resolución
- Nulidad del Contrato

Los criterios de búsqueda son sencillos e intuitivos, atendiendo a diferentes campos de información como:

Ejercicio

Conselleria /Entidad Contratante

Objeto

Tipo de Contrato

Importe total licitación: con rango de valores para buscar entre cuantías genéricas



Clase de Contrato (menor -no menor)

Procedimiento

Fecha adjudicación: con rango de valores

Fecha de formalización: con rango de valores

NIF/CIF del Adjudicatario

Nombre (o razón social)

Empresas UTE.



II. APÉNDICE DE DOCUMENTACIÓN

II. 1 Normativa

INSTRUCCIÓN 1/2014, DE 3 DE FEBRERO, DE LA SUBSECRETARÍA DE LA CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON LA COMUNICACIÓN DE LOS CONTRATOS AL REGISTRO OFICIAL DE CONTRATOS DE LA GENERALITAT.

El Registro Oficial de Contratos de la Generalitat se regula en el Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana. Tratándose de un Registro público, la información debe ser accesible en aras al principio de transparencia. Además, los datos registrados son de remisión obligatoria a la Sindicatura de Comptes y a la Administración general del Estado, concretamente al Registro Público de Contratos, dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por Orden de 22 de mayo de 2001 y de 3 de noviembre de 2003, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, se dictaron las normas de funcionamiento y comunicación de datos al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat Valenciana. Estas Ordenes se encuentran actualmente derogadas por la Orden 11/2013, de 17 junio, de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública, por la que se dictan las normas de funcionamiento y comunicación de datos al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat. Esta norma fija el ámbito objetivo y subjetivo de los contratos que deben ser comunicados al Registro en su Art. 1 con el siguiente contenido:

“Todos los contratos del sector publico, incluidos los contratos menores o su equivalente en el ámbito del sector público empresarial y fundacional, que celebren la Administración de la Generalitat, sus entidades autónomas y entes del sector publico empresarial y fundacional, y que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción, deben comunicarse al Registro Oficial de Contratos de la Generalitat para su inscripción, siempre que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Que se trate de contratos de obras o de concesión de obras públicas en los que su importe, excluido el impuesto sobre el valor añadido, o su valor estimado sea igual o superior a nueve mil euros.
- b) Cuando su importe, excluido el impuesto sobre el valor añadido, o su valor estimado sea igual o superior a tres mil euros en cualquier otro tipo de contrato distinto del de obras o de concesión de obra pública.

De cuanto antecede, unido a la reciente promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece la obligación de publicar de forma homogénea determinados datos relativos a la licitación de los contratos públicos, y vistas las dudas más frecuentes planteadas por los usuarios, hace necesario dictar las siguientes instrucciones:

1. Todas la unidades administrativas de la Administración de la Generalitat, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y entidades del sector público empresarial y fundacional a los que les sea aplicable la legislación de contratos del sector público deben comunicar todos los contratos o incidencias que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto



79/2000, de 30 de mayo, del Consell, y la Orden de 11/2013, de 17 de junio, de la Conselleria de Hacienda y Administración Pública, sean objeto de inscripción, en los plazos establecidos en dichas normas. El incumplimiento de la obligación legal de comunicación por el personal al servicio de la Generalitat, con dolo, culpa o negligencia grave, de conformidad la Orden 11/2013, de 17 de junio, se sujetará a las responsabilidades que procedan de acuerdo con las leyes.

2. Deben informarse todos los medios y fechas de publicación de los anuncios de licitación que se hayan efectuado, incluida en su caso la publicación en el perfil de contratante de la plataforma de contratación. No se inscribirán los contratos en los que no concuerde la información publicada en el perfil y la comunicada al Registro hasta que no se subsane dicha circunstancia o se facilite la información necesaria.
3. Cualquiera que sea el procedimiento utilizado debe informarse el campo del 'Número de licitadores', independientemente de que se haya informado o no el número de empresas invitadas. Se entenderá por número de licitadores el número de empresas que han participado en el procedimiento de contratación mediante la presentación de una oferta, presupuesto o proposición, y su valor no podrá ser nulo o inferior a 1.
4. Hasta tanto se implemente la utilización de la firma electrónica reconocida para efectuar la comunicación telemática de los datos de los contratos y de sus incidencias o conclusiones, es necesario que las unidades administrativas que los han comunicado generen y firmen, manuscrita o electrónicamente, las comunicaciones escritas por las que el jefe de la unidad o un usuario autorizado confirma la solicitud de inscripción de tales contratos, incidencias o conclusiones. Dichas comunicaciones deben remitirse a la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa por valija o por correo electrónico a la dirección registrocontratos@gva.es.
5. El objeto de un contrato deberá expresarse de forma inteligible y lo más fiel posible a los documentos contractuales que lo definan, sin utilizar abreviaturas innecesariamente y usando mayúsculas sólo cuando proceda gramaticalmente. Asimismo, se recuerda que el código CPV es un descriptor del objeto del contrato, o en su caso de los lotes que lo conforman, y que debe existir una correspondencia entre ambos.
6. Debe cuidarse especialmente la identificación de los adjudicatarios de los contratos y, siempre que estos se encuentren dados de alta en la Base de Datos de Terceros de la Generalitat, disponible en la aplicación que sustenta el Registro, debe utilizarse el nombre o razón social que figure en la misma, salvo que se disponga de documentos de los que se deduce con seguridad otro nombre o razón social distinta.
7. Para contratos adjudicados conforme a la legislación actual, las incidencias que es preceptivo comunicar son aquellas que afectan a los campos de información relacionados con el precio, el plazo o la identidad del adjudicatario. No deben comunicarse los reajustes de anualidades u otras incidencias si no están vinculados a una variación del plazo o del importe del contrato.
8. En los contratos menores solo se cumplimentarán los datos de formalización del contrato si realmente se ha procedido a la misma.



II.2 Informes

2.1 INFORME 1/2014, DE 14 DE MAYO DE 2014. MODIFICACIÓN DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. AMPLIACION O REDUCCIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

ANTECEDENTES

En fecha 10 de febrero de 2014, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe por parte del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Utiel, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“Don José Luis Ramírez Ortiz, Alcalde-Presidente del M.I. Ayuntamiento de Utiel, al amparo de lo establecido en los artículos 3 y 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, y el artículo 9 de la Orden de 11 de junio de 2001, de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regula el régimen interno de funcionamiento de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, solicito de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana la emisión de informe acerca de los extremos que, tras la exposición de los antecedentes, se enumeran.

ANTECEDENTES

El Pleno del Ayuntamiento de Utiel, en sesión ordinaria celebrada el día 22 de junio de 1971, acordó 'adjudicar el abastecimiento de agua potable de Utiel en régimen de concesión a Don JOSÉ LUIS MARÍN AGUILAR, en las condiciones fijadas en su propuesta y Pliego de Condiciones... '. El contrato se formalizó en escritura pública autorizada por el Notario de Utiel, Don Emilio Mezquita Del Cacho, el día 22 de septiembre de 1971, n° 1158 de su Protocolo.

El plazo de reversión, de conformidad con el otorgando sexto del contrato, se fijó en cuarenta y seis (46) años, a contar 'desde la puesta en servicio de la totalidad de la red de abastecimiento y distribución, es decir, desde que el M.I. Ayuntamiento entregue al concesionario la acometida interior del pueblo en plenas condiciones de servicio', hecho que tuvo lugar con fecha de efectos 1 de enero de 1976.

De acuerdo con la cláusula 16ª del Pliego de Cláusulas Administrativas 'La concesión tendrá por objeto la explotación del servicio de suministro de agua potable en la ciudad de Utiel'.

La interpretación de la cláusula transcrita, que define el ámbito territorial sobre el que se proyecta la concesión, ha sido objeto de controversia entre la Administración concedente y el concesionario, a cuenta de si tres polígonos industriales de ejecución posterior a la adjudicación de la concesión deben entenderse incluidos o no en el ámbito espacial de ésta. La discrepancia viene propiciada por la circunstancia de que el concepto que define ese ámbito territorial, 'la ciudad de Utiel', no se refiere a una realidad estática, inmutable a lo largo del tiempo, sino a una realidad dinámica que crece, disminuye y se transforma con el paso de los años. El concesionario entiende que



tales polígonos no forman parte del territorio objeto de la concesión, amparándose en una interpretación de la expresión 'ciudad de Utiel' que la constriñe a los exactos límites que tenía en la fecha de adjudicación del contrato (en detrimento de la coherencia de su postura, por cierto, no han puesto impedimento alguno en recibir desarrollos urbanísticos residenciales ejecutados durante la vigencia de la concesión). El Ayuntamiento, en cambio, considera que la expresión 'ciudad de Utiel', comprende lo que físicamente era el municipio en el momento de la adjudicación de la concesión y lo que posteriormente ha ido siendo como consecuencia de su evolución.

El artículo 210 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y, en consecuencia con ello, no se solicita con esta consulta que la Junta Superior informe acerca de tal extremo. Ahora bien, este Ayuntamiento necesita conocer si la interpretación que sostiene de la cláusula transcrita es conforme con la legislación de contratos aplicable o si, por el contrario, entraría en colisión con ella, en particular, con el régimen de modificación de los contratos. Esta Administración se plantea la duda, que pretende despejar, de si mediante dicha interpretación no estará amparando sucesivas modificaciones de la concesión, por ampliación, con vulneración de la normativa de modificación contractual y de los principios que la misma trata de salvaguardar.

En atención a lo expuesto se solicita INFORME acerca de los siguientes extremos:

1.- Si es conforme con la legislación sobre contratación pública, en particular con la disciplina de modificación contractual, una definición del ámbito espacial de un contrato de gestión de servicios públicos que, por su variabilidad, permita sucesivas ampliaciones, o reducciones, del objeto del contrato.

2.- En caso de que la respuesta a la anterior cuestión fuese negativa, si cabría la posibilidad de acudir a la modificación de la concesión para incorporar a ella los desarrollos urbanísticos que la ciudad va experimentando a lo largo del tiempo o, por el contrario, deberían ser éstos objeto de una contratación independiente.

Se adjunta copia de la escritura de formalización del contrato en la que consta:

- a) El propio contrato.
- b) Certificación del acuerdo plenario de adjudicación de la concesión.
- c) Certificado del acuerdo plenario de 19 de febrero de 1971 por el que se declara la urgencia del concurso, se aprueba la modalidad de gestión del servicio y se aprueba el pliego de condiciones económico-administrativas.
- d) Certificado del pliego de condiciones económico-administrativas.
- e) Certificado del acto de licitación en la parte afectante al adjudicatario.
- f) Acta de entrega provisional de parte de la red interior de agua potable de Utiel.

Igualmente se acompaña copia de la ordenanza reguladora del servicio.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Las modificaciones contractuales de acuerdo con la legislación aplicable al contrato



La cuestión que plantea el Ayuntamiento de Utiel no es baladí, puesto que tratándose de un contrato para la prestación de un servicio público básico, en régimen de concesión, durante un plazo de 46 años y en un ámbito territorial impreciso por cambiante, ello obliga a hacer una serie reflexiones partiendo de la base de la regulación vigente al momento de producirse la contratación consultada. En principio, hemos de señalar que en ausencia de derecho transitorio que establezca una regulación general diferente, la interpretación doctrinal más común es la que considera que, en una relación contractual como la que es objeto de la consulta, es de aplicación la normativa vigente al tiempo de la adjudicación del contrato.

En primer término, hemos de aludir al objeto del contrato descrito en la cláusula 16 del pliego de condiciones económico-administrativas según el cual "La concesión tendrá por objeto la explotación del servicio de suministro de agua potable de la ciudad de Utiel."

La contratación y su pliego de condiciones fue acordada el 19 de febrero de 1971 y su adjudicación se produjo el 22 de junio de ese mismo año, elevándose escritura pública de todo ello el 22 de septiembre. Las normas en materia de contratación en vigor en aquellas fechas venían constituidas por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, y, de conformidad con lo establecido en su disposición adicional segunda, para lo no previsto en él, por las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado, de entre las cuales resultaba de aplicación el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado (LBCE), aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril.

Asimismo, al tratarse de un contrato de concesión para la gestión indirecta de un servicio público de competencia del Ayuntamiento, resultaba también de aplicación lo dispuesto en los artículos 114 y siguientes el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en desarrollo de la entonces vigente Ley de Régimen Local, aprobada por Decreto de 16 de diciembre de 1950.

En segundo término, hemos de advertir que desconoce esta Junta si, previamente a la licitación y adjudicación del contrato, se elaboró y aprobó el correspondiente proyecto de explotación y, en su caso, de las obras precisas, como preceptivamente exigía tanto el artículo 68.1 del texto articulado de la citada Ley de Bases de Contratos del Estado (LBCE), como los artículos 116 y 122 del RSCL. Hecho cuya importancia radica en la posibilidad de que pudiera constar en el mismo la determinación del exacto ámbito territorial de actuación y en la posible existencia de planimetría para estos mismos fines, estableciendo con ello una definición más precisa del objeto del contrato, ya que el citado texto articulado, en su artículo 63, disponía también que "el contrato expresará con claridad el ámbito de gestión tanto en el orden funcional como territorial".

La anterior cuestión es importante también por otro motivo: el artículo 116 del citado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establecía que "serán nulas las concesiones que se otorgaren sin ajustarse a las formalidades que se establecen en los artículos siguientes y, para lo no dispuesto en ellos, en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales". Sin embargo, en la escritura pública de 22 de septiembre de 1971, se hacía constar por los representantes municipales comparecientes, en el apartado I de la Exposición, que el 22 de febrero de 1971 el Ayuntamiento acordó declarar de urgencia la celebración de concurso para el abastecimiento de agua potable, "en régimen de concesión y seguido el expediente con todos sus trámites e informes reglamentarios", razón por la que presupondremos que no se incurrió en la causa de nulidad antes indicada.



En lo que se refiere al objeto del contrato, la redacción del pliego en sí podía tener un sentido claro y determinado al momento de la licitación, pero indeterminado con el paso del tiempo, precisamente por la evolución urbanística de la ciudad. Se echa en falta en el pliego de condiciones económico administrativas una previsión expresa respecto a la gestión del agua potable en supuestos de ampliación del objeto del contrato por estos motivos.

Como respuesta a la consulta, podemos decir que la interpretación del término 'ciudad' no permite entenderlo como un concepto estático y precisamente por ese motivo debía quedar claramente definido en el pliego o en la documentación contractual hasta dónde debía prestar el suministro el contratista o en qué supuestos y condiciones podría ampliarse su ámbito territorial. Durante los años que rige la concesión, aquél ha quedado sometido al albur de los cambios urbanísticos, a la más que previsible expansión de la ciudad y, por tanto, sometido a continuos cambios o, mejor dicho, ampliaciones de las prestaciones materiales comprendidas en el objeto del contrato.

Es lógico, por todo ello, que el Ayuntamiento consultante dude sobre las continuas modificaciones del contrato, puesto que si bien es cierto que puede interpretarse que el hecho de que el objeto del contrato, esto es, el suministro de agua potable de la *ciudad* de Utiel durante 46 años, ampara y comprende cualquier núcleo urbano o urbanizado que se cree en Utiel durante dicho plazo, no es menos cierto también que dicho contrato pudo basarse, o tuvo que hacerlo, en un proyecto o en una documentación técnica que delimitara con más precisión el objeto del contrato, en cuyo caso cabría también interpretar que nos encontramos ante sucesivas modificaciones de su objeto.

En el primer supuesto, si no existe mayor determinación del objeto del contrato ni una definición más precisa de su ámbito territorial que la referida ciudad de Utiel, no puede decirse que haya modificación contractual esencial o sustancial de su objeto por el hecho de que sus características espaciales o urbanísticas se vean alteradas o ampliadas, puesto que la consiguiente necesidad de modificación de las prestaciones materiales objeto del contrato que dicha circunstancia origina es inherente al régimen jurídico de la concesión y no existe una definición del objeto del contrato que limite tal modificación. El propio Pliego de Condiciones Económico-Administrativas del contrato, en su cláusula 15ª, incorpora literalmente el artículo 126.2 del RSCL que dispone:

"En el régimen de la concesión se diferenciará:

- a) el servicio objeto de la misma, cuyas características serán libremente modificables por el poder concedente y por motivos de interés público, y
- b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial".

En el mismo sentido, el artículo 127.1.1ª del RSCL, aplicable al contrato objeto de la consulta y parcialmente transcrito en la cláusula 27ª del Pliego de Condiciones, establece que en las concesiones la Corporación concedente ostentará, entre otras y sin perjuicio de las que procedan en virtud del contrato, la potestad de ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras: la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y la alteración en las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.



Como corolario, hay que señalar que también en este caso, el número 2 del mismo precepto reitera, en su apartado 2º, que la corporación concedente *deberá mantener el equilibrio económico financiero de la concesión, para lo cual:*

- d) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y
- e) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

Igualmente, el artículo 74 del ya citado texto articulado de la LBCE establecía que, en el contrato de gestión de servicios públicos, “la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, debiendo compensar al empresario de manera que se “mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél”

En consecuencia, teniendo en cuenta todo lo anterior, hemos de traer a colación dos consideraciones relevantes para responder a las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento:

En primer lugar, la posibilidad de modificar el contrato es una potestad que tiene el Ayuntamiento supeditada al interés público de tales modificaciones y acompañada de la obligación de restablecer el equilibrio económico financiero del contrato. Sobre ello no nos cabe la menor duda y, además, hay que destacar que en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos como el que nos ocupa, tal prerrogativa de la Administración se ha mantenido en la legislación en materia de contratación desde la que se encontraba en vigor cuando se adjudicó el contrato hasta la actualmente vigente, recogida en el artículo 282 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Pero, en segundo lugar, hay que añadir a continuación que ejercer dicha potestad es sólo una opción, no una obligación del Ayuntamiento si no existen razones imperiosas de interés público que exijan su ejercicio descartando cualquier otra posibilidad. El contratista sólo tiene derecho exclusivo a la explotación del suministro de abastecimiento de agua en el ámbito territorial definido en el contrato y mientras dure su vigencia, pero no en cualesquiera nuevos núcleos urbanos o desarrollos urbanísticos no incluidos expresamente en dicho ámbito y que se produzcan en el término municipal de Utiel con posterioridad a la adjudicación e inicio de las prestaciones objeto del contrato.

II. La modificación de los contratos en la legislación actual

La consulta del Ayuntamiento plantea también una cuestión general que es la relativa a la conformidad con la legislación en materia de contratación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo objeto resulta tan impreciso por variable, que requiere sucesivas modificaciones durante su vigencia, así como la derivada de si las ampliaciones de su objeto deben ser objeto de una contratación independiente cuando éstas no estaban previstas en el contrato inicial.

La regulación de la modificación de los contratos prevista en todas las normas que han regulado la contratación pública ha sido objeto de una profunda reforma con motivo de la Jurisprudencia comunitaria. (STJCEE de 29 de abril de 2004 en el asunto C-4/96 CAS *Succhi di Frutta/Comisión*; la STJUE en el asunto C-91/08 *Wall AG*, y más concretamente la STJUE de 22 de octubre de 2010 en el asunto C 433-07, *Comisión contra el Reino de España*). De esta Jurisprudencia destacamos, en cuanto a la modificación de contratos, lo siguiente:



1.- El principio de igualdad ente los licitadores que implica que todos al momento de la licitación dispongan de la información de la posibilidad de que el contrato se va a modificar. Por ello la previsión de modificación debería estar prevista en el anuncio o en los pliegos que rigen la contratación.

2.- El principio de libre concurrencia implica que por vía de modificación no pueden introducirse alteraciones sustanciales a la prestación inicialmente pactada. En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas.

3.- Las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato

En efecto, el derecho de la Unión Europea se ha fijado en nuestro sistema de modificación de los contratos una vez adjudicados, y abocó a su revisión en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que como ha señalado la Circular núm. 1/2011 de la Abogacía General del Estado, significan que el criterio correcto aplicable, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES.

¿Con esta interpretación podemos colegir que el nuevo régimen de modificación de los contratos, en los supuestos en que es posible y con el procedimiento para la modificación establecido por la Ley de Economía sostenible, actualmente regulados en los artículos 105 a 108 del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, no sería de aplicación a un contrato cuya legislación aplicable es la Ley de Contratos del estado de 1965?

A tal fin, el ayuntamiento consultante cuestiona si es acorde a la legislación de la contratación pública un objeto que puede sufrir continuas alteraciones por ampliación o reducción, básicamente con el régimen de modificación de los contratos. Ante esto, debe señalarse que, tanto en su momento, cuando se licitó el contrato, como en la actualidad, el objeto del contrato debió y debe ser preciso y determinado, por lo que un objeto que puede sufrir sucesivas modificaciones por ampliación de las prestaciones iniciales debido a la evolución urbanística de un territorio se convierte en impreciso, y la importancia que ello reviste no es solo por la modificación del contrato sino por la inseguridad que crea al actual contratista y la que creó en su momento a los licitadores, puesto que, de haberse especificado claramente en el pliego las posibles variaciones que podría sufrir el ámbito



territorial al que en un principio debía suministrarse el agua potable, podrían haber formulado sus ofertas de otro modo teniendo en cuenta dicha circunstancia.

No obstante, llama la atención que en el propio escrito de consulta se hace constar que el contrato, con el mismo motivo, ha sido modificado anteriormente para abastecer de agua potable a desarrollos urbanísticos residenciales ejecutados durante la vigencia de la concesión. Por tanto y por la misma razón, de no cuestionar el ayuntamiento la determinación del objeto contractual, probablemente si el contratista hubiera estado de acuerdo, tal ampliación se hubiere llevado a cabo también en esta ocasión.

Desde todos los puntos de vista, unas cláusulas como las establecidas, no son acordes con la regulación actual de la modificación de los contratos y, por ende, con el Derecho de la Unión Europea sobre la materia. Pero tampoco lo es ni lo ha sido nunca un objeto impreciso que, sin haber hecho manifiesta previsión en los pliegos de condiciones económico-administrativas, se verá alterado durante un plazo de 46 años debido a la evolución urbanística de la ciudad objeto del servicio de abastecimiento de agua potable.

III. Servicio público básico y esencial. Garantía de continuidad

Dicho esto hemos de precisar que la característica del servicio, que se considera básico y esencial, hace que la contratación de su gestión no debe crear incertidumbres en la prestación y por mor del régimen de las modificaciones, so pena de producir un grave trastorno en su finalidad misma, que no es otra que la de que los ciudadanos tengan agua potable. Tampoco debe alterar la continuidad del servicio la evolución urbanística de la ciudad, por lo que las posibles modificaciones por ampliación de las prestaciones objeto de un contrato de tan larga duración deben contemplarse en los pliegos de cláusulas administrativas, pero, de no contemplarlas, no deberían ser ni pueden constituir un límite a la prestación de este servicio básico por vía de modificación del contrato, ya que concurren en todo caso razones de interés público municipal al estar el Ayuntamiento obligado a prestar el servicio de abastecimiento de agua a todo domicilio o persona con derecho a ello.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato formalizado el 22 de septiembre de 1971, de concesión del servicio para el suministro de agua potable de Utiel, se rige por las normas legales y reglamentarias vigentes en el momento de su adjudicación y por lo establecido conforme a éstas en el pliego de condiciones económico-administrativas del propio contrato. En los términos previstos en dichas normas y pliego, el Ayuntamiento tiene la potestad de modificar el contrato, así como las características y las prestaciones comprendidas en el servicio objeto de concesión, por razones de interés público y acompañada de la obligación de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato.

SEGUNDA.- Conforme a la legislación actual y según ha establecido la jurisprudencia europea de la última década, una contratación como la que es objeto de la consulta no se ajusta a derecho y tampoco se ajustaría su modificación. La modificación de los contratos de gestión de servicios públicos requiere que, además de existir razones de interés público que la motiven, concurren las circunstancias establecidas en los artículos 105 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



TERCERA.- El carácter básico y esencial del servicio de abastecimiento de agua potable y la obligación municipal de su prestación a toda persona o domicilio con derecho a ello, exige que su gestión indirecta mediante un contrato de concesión no debe crear incertidumbres en la prestación so pena de producir un grave trastorno en su finalidad. Por ello, la evolución urbanística de la ciudad tampoco debe alterar la continuidad del servicio y la garantía de su prestación, razón por la que las posibles modificaciones por ampliación de objeto de un contrato de tan larga duración deberían contemplarse en los pliegos de cláusulas administrativas, pero, de no contemplarlas, dicha circunstancia tampoco debe ni puede constituir un límite a la prestación de este servicio básico por vía de modificación del contrato de concesión basada en razones de interés público.

2.2 INFORME 2/2014, DE 14 DE MAYO DE 2014. CONTRATOS DE DEFENSA JURÍDICA Y JUDICIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de marzo de 2014 , ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Algemesí, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de junio del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa; con el siguiente tenor literal:

“ASSUMPTE: Consulta sobre el procediment que s'ha de seguir per a la contractació d'un servici d'assistència jurídica per a la defensa d'un funcionari que ha sigut denunciat en via penal.

L'article 14.F de la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, regula el dret dels funcionaris a l'assistència jurídica i protecció de l'Administració Pública en els procediments que se segueixen davant de qualsevol orde jurisdiccional com a conseqüència de l'exercici legítim de les seues funcions o càrrecs públics.

Este dret dels empleats públics i, per consegüent, obligació de l'Administració Local, ha plantejat una sèrie de dubtes sobre les contractacions que es deriven.

Lògicament, per a la satisfacció d'este dret, entenem que es pot optar:

Bé, que cada empleat públic, a través del procediment que l'entitat local establisca, contracte directament la representació i defensa, assumint el cost i sent posteriorment indemnitzat per la corporació (i en este cas la relació jurídica sorgida de la contractació serà exclusivament privada i externa a la corporació, sense subjectar-se a les normes de contractació pública i, a més en este cas, el servici prestat per l'equip jurídic haurà de facturar-se directament a qui percep el servici -empleat públic).

O bé, que sol·licite a l'Ajuntament que assumisca la representació i defensa, tant amb els seus propis mitjans i servicis d'assistència jurídica, si els tinguera, com, en cas contrari, per mitjà de la contractació d'un servici extern, a través de la figura del contracte de servicis (article 10 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, categoria 21 de l'annex II del mencionat Text).

En este segon supòsit en què sí es dona una autèntica contractació pública sorgeixen dubtes respecte de l'aplicabilitat completa de les normes i principis continguts en la normativa reguladora de la contractació pública.



És a dir, partint de l'especial objecte del contracte (defensa en un procés judicial iniciat front de l'empleat públic), que l'autèntic destinatari final de la prestació serà este, de l'especial relació de confiança necessària en una relació advocat - client, i de l'elecció d'un equip jurídic especialitzat en la matèria de què es tracte, sorgeixen els dubtes de si regeixen les mateixes regles que per a la resta de contractes referides al règim de prohibicions, incompatibilitats i procediment de contractació en funció del valor estimat del contracte, o si, al contrari, considerant el caràcter personalíssim de la prestació consistent en la representació i defensa en juí permeten la inaplicació aquelles normes fonamentant esta opció en què hauria de ser el propi funcionari el que poguera triar a qui encarregar l'assistència jurídica que posteriorment contracta l'Ajuntament.

En el cas concret, sorgeix el dubte si per a encomanar la defensa d'un funcionari denunciat en via penal pot contractar-se per l'Ajuntament a la societat que aquell desitja, encara que concorrega una causa de prohibició de contractar per incompatibilitat (article 60.1 f del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic), si d'altra banda, cap la contractació directa, encara que el contracte supere l'import del contracte menor, al considerar l'especial característica de la prestació contractada en els termes de l'article 174 a) del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic.

Sent competent la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, en els termes de l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, de creació d'esta, per la present s'eleva a l'efecte de que s'emeta l'informe sobre els aspectes exposats."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión que plantea el Ayuntamiento de Algemesi se centra en determinar si la contratación del servicio de defensa jurídica y judicial, como contrato de servicios de los regulados en el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre, mantiene excepciones respecto de la aplicación general de la citada norma por las características especiales que reviste dicho contrato.

Pues bien, centrandó la cuestión hemos de indicar que los contratos de servicios, como hemos indicado, se definen en el artículo 10 del TRLCSPP, que determina que "son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II".

Nótese que dichos contratos se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II, anexo que deviene de la propia Directiva 2004/18/CE. El citado Anexo II establece bajo la categoría 21 y denominación genérica "Servicios jurídicos", entre otros, los siguientes servicios:

- Servicios de asesoría y representación jurídicas
- Servicio de representación jurídica
- Servicio de representación de las partes interesadas

Aunque no son contratos sometidos a regulación armonizada al encontrarse entre las categorías 17 a 27 del Anexo II, en el caso de que su valor estimado sea igual o superior a 207.000€ su formalización debe publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea y son susceptibles de recurso especial en materia de contratación en los términos establecidos en el artículo 40 del TRLCSPP.



Pues bien, continuando con esta síntesis, nos hemos de referir necesariamente a los preceptos del TRLCSP que regulan los contrato de servicios y mas concretamente los contratos de defensa jurídica y judicial de la Administración.

Los artículos 301 a 309 del TRLCSP aluden exclusivamente a los contratos de servicios, la regulación contenida en estos preceptos es de plena aplicación a los contratos de defensa judicial, expresamente citados en el artículo 303. Efectivamente, dicho artículo al regular la duración de los contratos de servicios, contempla una excepción para los contratos de defensa jurídica y judicial, que hace que estos revistan una especialidad. Así, el artículo 303 del TRLCSP, con carácter general, indica en su apartado 1 que los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. Pero su apartado 3, respecto de los contratos de defensa jurídica y judicial de la Administración, establece que estos tendrán la duración precisa para atender adecuadamente a sus necesidades.

En este punto relativo a la duración debemos hacer una mención especial a los contratos menores de defensa jurídica y judicial, dado que, de conformidad con el artículo 23.3 del TRLCSP los contratos menores regulados en el artículo 138.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en informe 30/12, de 7 de mayo de 2012, relativo a un contrato para la adjudicación de varios contratos de servicios de defensa en juicio de un Ayuntamiento por un abogado colegiado, indica: "A la vista de este precepto, podemos llegar a una primera conclusión en el caso, como es el hecho de que en ningún caso la duración de los contratos menores realizados puede ser de más de un año, so pena de ser contrarios a la Ley". A lo que añadiríamos que también serían *contra legem* la tramitación de un contrato como contrato menor si supera el importe fijado en el artículo 138.3, que define los contratos menores exclusivamente en razón de su cuantía.

De todo cuanto antecede, nada impide afirmar que los contratos de defensa jurídica y judicial de la Administración:

1) Son de aplicación cuando se trate de la defensa jurídica y judicial de un funcionario, aunque el TRLCSP cite el término genérico "Administración". Teniendo siempre en cuenta las condiciones en que la Administración deba prestar dicha asistencia y que no pueden ser interpretadas en un sentido amplio permitiendo que cualquier conflicto que afecte a un empleado público sea objeto de asistencia jurídica. En el caso de un proceso penal la STS de 4 de febrero de 2002 indica una serie de requisitos para la prestación de la defensa jurídica y judicial por parte de la Administración

a) que la inculpación tenga su origen o causa directa por su intervención en una actividad con ocasión del ejercicio de sus funciones.

b) que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios susceptibles de ser discernidos de los intereses de la administración a la que pertenece. Es decir en caso de conflictos de intereses.

c) que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o su carácter ilícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede



entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas.

2) Se rigen enteramente, como cualquier contrato público de servicios, por la legislación de contratos del sector público, es decir, por las disposiciones generales a aplicables a todo tipo de contrato y las específicas de los contratos de servicios.

3) Como todo contrato público, deben cumplir con los principios básicos enumerados en el artículo 1 del TRLCSP, es decir, el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Y en cuanto a los procedimientos, el artículo 139 del TRLCSP determina que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

Con ello queremos hacer hincapié en lo manifestado en el texto de la consulta que alude a la especial relación abogado cliente y la posibilidad de excepciones a la aplicación de la legislación. De ningún modo dicha relación puede desvirtuar los procedimientos de contratación que correspondan aplicar de conformidad con la normativa en materia de contratación pública, a la luz de los principios básicos que inspiran la misma.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato de defensa jurídica y judicial para la asistencia jurídica y protección de los empleados públicos se rige enteramente, como cualquier contrato público de servicios, por la legislación de contratos del sector público, es decir, por las disposiciones generales a aplicables a todo tipo de contrato y las específicas de los contratos de servicios.

SEGUNDA.- Como todo contrato público, debe cumplir con los principios básicos enumerados en el artículo 1 del TRLCSP, es decir, el principio de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Y en cuanto a los procedimientos, el artículo 139 del TRLCSP determina que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

2.3 INFORME 3/2014, DE 28 DE JULIO DE 2014. RENUNCIA A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO. NECESARIA MOTIVACIÓN. IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE DESIERTO.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de junio de 2014, ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Náquera, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de junio del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa; con el siguiente tenor literal:

“D. DAMIAN IBAÑEZ NAVARRO, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Náquera (Valencia), ante V.I. comparece y como mejor proceda en derecho, EXPONE:



1- Que el Pleno del Ayuntamiento de Náquera, en sesión de fecha 28 de diciembre de 2006, declaró válida la licitación y adjudicó el contrato de gestión del servicio público de LIMPIEZA VIARIA EN EL TERMINO MUNICIPAL DE NAQUERA a la Unión Temporal de Empresa SECOPSA-NAGARES NAQUERA, como autora de la oferta más ventajosa y por el precio de 198.000'10 euros.

2- El 2 de enero de 2007 se formaliza el contrato en documento administrativo.

3- Por la mercantil TÉCNICAS Y TRATAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., empresa que tomó parte en la licitación, se interpone recurso de reposición contra el acuerdo del Pleno de 28 de diciembre de 2006, recurso que fue desestimado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de marzo de 2007. Por último contra ese acuerdo, la mercantil TÉCNICAS Y TRATAMIENTO MEDIOAMBIENTALES S.A. interpone en tiempo y forma recurso contencioso-administrativo que correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Valencia.

4- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Valencia, en sentencia número 378/2009, de 6 de julio, estima parcialmente el recurso y, tras anular el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, ordena la retroacción de las actuaciones a fin de que la mesa de contratación proceda a valorar las ofertas de conformidad con los criterios establecidos en los Pliegos de Condiciones Particulares.

5- Contra la anterior sentencia se interpone recurso de apelación ante el TSJCV por la Unión Temporal de Empresas SECOPSA-NAGARES NAQUERA y, en sentencia 427/2010, de 7 de julio, el TSJCV desestima el recurso y establece la conformidad a derecho de la sentencia apelada.

6- Por Resolución de la Alcaldía nº 0592/2013 se aprueba la composición de la Mesa de Contratación y se la convoca para el 20 de junio de 2013. Reunida la Mesa acuerda dejar el expediente sobre la mesa al objeto de incorporar al mismo el Informe de Letrado Asesor del Ayuntamiento.

7- Incorporados los informes del Letrado Asesor del Ayuntamiento la Mesa de Contratación, el 27 de marzo de 2014, de nuevo se reúne la Mesa de Contratación. Por la Interventora Municipal se presenta Informe que concluye afirmando que "el fallo de la sentencia, que estima en parte el recurso interpuesto por la mercantil TETMA, indica que **"se proceda a la retroacción de las actuaciones a fin de que la mesa de contratación proceda a valorar las ofertas de conformidad con los criterios establecidos en el pliego de condiciones particulares..."**, pero no dice que la Mesa de Contratación tenga necesariamente que proponer al Órgano de Contratación la adjudicación del contrato en virtud de la nueva valoración; simplemente se deberá aplicar la normativa que rige para la contratación en ese caso y desde aquél momento. La propuesta pues al Órgano de Contratación de declarar desierto el concurso de forma motivada por razones de interés general debidamente expuestas es una opción legítima que le otorga la normativa."

A la vista de este informe, la Mesa acuerda elevar consulta al Órgano Consultivo de Contratación y solicitar informe acerca de la potestad discrecional de la mesa para declarar desierto el concurso.

8- Con independencia de la propuesta de la Mesa, lo bien cierto es que si la legislación de contratos aplicable a este supuesto prevé expresamente la posibilidad de que la Administración pueda desistir del contrato ya perfeccionado, con mayor razón hay que admitir que tal desistimiento se produzca antes del ACTO DE ADJUDICACION, es decir, antes de que el contrato se perfeccione, siempre que razones de interés público así lo aconsejen. (Dictamen del Consejo del Estado 2667/2000)



Como conclusión, cabría cumplir con el fallo de la sentencia aplicando la misma en sus propios términos y, en consecuencia, valorando las ofertas tal y como se especifica en el fallo de las mismas, para a continuación desistir o renunciar a una nueva adjudicación del contrato por las razones de interés público que constan en el informe de la Interventor Municipal.

9.- Se adjunta la documentación comprensiva de todos aquellos actos que consideramos oportunos para poder informar, con independencia de que quedamos a su disposición para cuanta colaboración resulte oportuna recabar, a los efectos legales pertinentes.

Por todo lo expuesto,

SOLICITAMOS que, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y en méritos a su contenido, se sirva ordenar lo conducente para expedir, a la mayor brevedad posible, Informe acerca de la posibilidad de declarar desierto el concurso o bien renunciar o desistir de seguir adelante con la adjudicación del contrato, siempre que ello no implique incumplimiento de los resuelto por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. "

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer lugar, hemos de indicar que la legislación aplicable al procedimiento de adjudicación del servicio de limpieza viaria en el término municipal de Náquera y a la ejecución del contrato adjudicado en fecha 28 de diciembre de 2006 y formalizado en fecha 2 de enero de 2007, es el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como su reglamento general, en adelante RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En segundo lugar, hay que destacar que, efectivamente, como apunta la consulta, el posible ejercicio de las facultades de declarar desierto la adjudicación o renunciar al contrato no impide ni es incompatible con cumplir con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 427/2010, de 7 de julio, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la adjudicataria UTE SECOPSA-NAGARÉS NÁQUERA, confirmando la Sentencia de instancia número 379/2009, de 6 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Valencia, que obliga a retrotraer actuaciones al momento de la valoración de las proposiciones. Sentencia que hay que cumplir en sus propios términos.

1. Cuestiones previas. Análisis del pliego de condiciones económico-administrativas.

Con carácter previo a la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Náquera, consideramos del todo necesario realizar una serie de observaciones al pliego de condiciones económico-administrativas particulares sobre las que debemos llamar la atención, por cuanto entendemos que algunas de ellas no se ajustan a derecho aunque no hayan sido objeto de controversia en los procedimientos judiciales citados.



Así, el contrato se califica como “concesión administrativa del servicio [público] de limpieza viaria”, fijando un importe anual pagadero por la Administración de 220.000€ no constando a esta Junta la aprobación previa del régimen jurídico básico del servicio y del proyecto de explotación, lo cual era de todo punto necesario a tenor de lo dispuesto en los artículos 158 del TRLCAP y 183 del RGLCAP, conjuntamente.

Asimismo, de la lectura del citado pliego, se echa en todo momento de menos la falta del elemento distintivo de este tipo de contratos concesionales: el riesgo y ventura inherente a la concesión y derivado única y exclusivamente de la explotación de un servicio que puede ser utilizado o no por los potenciales usuarios o por los destinatarios de las prestaciones; en otras palabras, la incertidumbre económica que haga posible la realidad de la explotación a riesgo y ventura del concesionario. Muy al contrario, se observa que estamos ante la prestación del servicio a cambio de un precio determinado, de carácter regular, sin estar sometido a contingencia, eventualidad o contratiempo ligados a los avatares del mercado, a la incertidumbre de la demanda o de la utilización, asegurando por tanto su percepción en idéntica cuantía con independencia de estos factores. Es decir, sin el riesgo que justifique o haga conveniente que se recurra a la explotación del servicio por particulares mediante concesión.

En efecto, tanto anteriormente el artículo 155 del TRLCAP como en la actualidad el artículo 275.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) determinan que la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. Y el artículo 156 del TRLCAP ya establecía que la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará alguna de las modalidades en él definidas; entre ellas, la de concesión, “por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”.

Sin embargo, cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y, simultáneamente, no deviene de la explotación del servicio ni depende de la utilización del mismo por los usuarios, sino que se trata de la prestación a la comunidad de un servicio público obligatorio en términos y cuantía previamente asegurados, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debemos afirmar sin vacilaciones que en realidad se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia Ley, con la única particularidad de que al calificarlo como concesión se burla o se evita el límite que la ley impone a la duración de los contratos de servicios. Es decir, se le concede al contratista un negocio seguro o sin riesgo inherente a la explotación y durante un plazo desorbitadamente largo en el que no tendrá que volver a licitar y competir por el contrato.

Precisamente, en el nuevo ámbito comunitario la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En otro orden de cosas, pero como una prueba más de lo que acabamos de exponer, llama poderosamente la atención que el pliego de condiciones económico-administrativas exige como requisito de solvencia la clasificación de los licitadores como empresas contratistas de servicios del



subgrupo U1, relativo a los servicios de limpieza en general, entre los que se incluye la limpieza viaria (vid anexo II del RGLCAP). Cuestión esta censurable por incoherente, puesto que, si de un contrato de gestión de servicio público se trataba, no era en ningún modo exigible la clasificación de los licitadores como empresas contratistas de servicios, pues de conformidad con el artículo 25.1 del TRLCAP la exigibilidad de la clasificación se encontraba limitada y era aplicable exclusivamente a los contratos de obras y de servicios que superasen las cuantías en dicha norma establecidas. A mayor abundamiento, el pliego de cláusulas administrativas particulares exige a los licitadores, además de la clasificación como empresa contratista de servicios, otros criterios relativos a la solvencia económica, cuando sabido es que la clasificación sustituye la exigencia de otros requisitos de solvencia económica y técnica, como no sea únicamente el compromiso de adscripción nominal o concreta de medios personales o materiales.

Examinados, asimismo, los criterios de adjudicación a cuya aplicación habría que retrotraerse de acuerdo con la sentencia, ha de advertirse al Ayuntamiento consultante que debe desecharse totalmente que las certificaciones ISO referidas en el PCAP sean utilizables como criterios de adjudicación, pues acreditan características subjetivas de la empresa; por ejemplo, de cómo ejecuta una empresa con carácter general sus actividades o sus contratos, por lo que si acaso podrían haberse exigido como requisitos previos de solvencia técnica para la selección de los licitadores, acompañados de la indicación de quienes serían los responsables del control de calidad, pero no establecerse como criterios de adjudicación ya que no tienen una relación directa y concreta con el objeto del contrato ni sirven para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Otro criterio de valoración controvertido es el que fija la necesidad de disponer de una base de servicios a una distancia inferior a 15 km. del casco urbano de Náquera, ya que puede suponer una restricción injustificada de la competencia. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de fecha 27 de junio de 2005 en el asunto C-234/03 Contse S.A. y otros, en causa abierta precisamente contra el Reino de España a instancia de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, indicaba que por una parte “se opone al artículo 49 del Tratado CE (libre prestación de servicios dentro de la Comunidad) un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.”

Por último, hemos de indicar que en cuanto al pliego de prescripciones técnicas se remiten únicamente dos páginas que comprenden las obligaciones del servicio de limpieza, los servicios extraordinarios y la frecuencia del servicio de limpieza viaria. A todas luces resulta insuficiente, dado que no se recoge en el

mismo algo tan básico como los medios materiales y personales necesarios, por lo que el Ayuntamiento deja al albur del contratista la disposición efectiva de los necesarios o mínimos.



2. Declaración de desierto y renuncia al contrato

El ayuntamiento consultante basa la posibilidad de declarar desierto el concurso o de renunciar o desistir del contrato en el informe de la Intervención incorporado al Acta de la sesión de la Mesa de contratación de 27 de marzo de 2014. Básicamente el informe viene a reconocer que los pliegos que en su día rigieron la adjudicación del servicio de limpieza viaria no garantizan la certeza del precio, en el sentido de que se desconoce su relación con el coste efectivo del servicio, se utiliza una fórmula de revisión de precios actualmente prohibida, y además en la actualidad no se adecuan a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que han de regir en la actuación de las administraciones públicas, principio recogido en el artículo 135 de nuestra Constitución.

Con carácter general y atendiendo al TRLCAP, la declaración de desierto de un procedimiento de contratación se da básicamente en los siguientes supuestos o, mejor dicho, circunstancias: a) La falta de licitadores; b) La no admisión a la licitación de los mismos, y c) Las llamadas ofertas irregulares o inaceptables por no atenerse a los pliegos que rigen la licitación.

Ninguna de estas circunstancias se dan en el presente caso, por lo que se trataría de alegar el interés general que pueda subyacer para que un procedimiento en los que no se han dado ninguno de los motivos esgrimidos y, por tanto, con licitadores que cumplen con las previsiones de los pliegos y, a mayor abundamiento, con los criterios de adjudicación, pudiera declararse desierto.

Cierto es que el artículo 74.3 del TRLCAP indica en su apartado 3 que “en el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.” Pero no es más cierto que el citado Texto, al regular en su artículo 88.2 la adjudicación de los contratos, constriñe la declaración de desierto a la motivación con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en los pliegos.

Del expediente remitido, en ningún momento podemos apreciar causa alguna que en virtud de esos criterios de adjudicación puedan conllevar, por dicho motivo, a declarar desierta la adjudicación. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de febrero de 2002, acogiéndose a lo ya expresado en Sentencias anteriores de 20 de febrero de 1996 y 7 de junio de 1999, que señalan que “la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o declarar desierto el concurso implica que el hecho de la elección de una de esas dos opciones -planteadas normativamente en términos de alternativa- constituye el ejercicio de una potestad discrecional, lo que desde luego no autoriza la arbitrariedad administrativa. Y en esta línea la sentencia de 21 de julio de 2000 ha señalado que “sobre esta base, los criterios de adjudicación que se incluyan en el pliego del concurso de que se trate tienen el valor de servir de pauta u orientación a la decisión que haya de adoptarse, ahora bien, dentro de ese espacio de libertad legalmente reconocido en cuanto a la alternativa de adjudicar o declarar desierto el concurso. Es decir, esos criterios cumplen el papel de directriz de la decisión que haya de tomarse, pero no predeterminan su necesario contenido. Como consecuencia de lo anterior, la declaración de un concurso como desierto será válida cuando incluya las concretas razones de interés general que la aconsejen, y, además, estas razones sean coherentes con esas pautas que representan los criterios de adjudicación del pliego de condiciones”.

En esta línea, ha de hacerse notar cómo la actual normativa de contratos del sector público ha recogido la limitación a la facultad de declarar desierta la adjudicación de un contrato, de tal forma que no podrá declararse desierto la adjudicación cuando exista alguna oferta o proposición que sea



admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego (artículo 151.3, segundo párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En cuanto a la renuncia al contrato, teniendo en cuenta que nos encontramos ante la aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ya tuvo esta Junta oportunidad de pronunciarse en informe 2/2011, de 14 de junio. Así, se manifestaba que: "Dicho Texto, en su artículo 93, apartado 6, contempla específicamente la posibilidad de renunciar a un contrato ofertado. Renuncia que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencias de fecha 16 de septiembre de 1999 y de 18 de febrero de 2002, debe llevarse a efecto cuando se trata de infracciones no subsanables de las normas de preparación del contrato o del procedimiento de adjudicación, u otras razones que justificadamente impidan seleccionar la oferta económicamente más ventajosa o la de precio más bajo. En ambos casos se deberá motivar la decisión, notificar a los licitadores o candidatos, en el menor tiempo posible, a los que les asiste el derecho de defensa. Asimismo deberá notificar la nueva licitación que, en su caso, se llevare a efecto cuando hayan desaparecido las causas que motivaron tal renuncia y así quede justificado en el expediente."

En efecto, el artículo 93 del TRLCAP, al regular la notificación y publicación de la adjudicación, dispone, en su apartado 5, que el órgano de contratación comunicará a todo candidato o licitador rechazado que lo solicite, en el plazo de quince días a partir de la recepción de la solicitud, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y las características de la proposición del adjudicatario determinantes de la adjudicación a su favor, observándose respecto de la comunicación lo dispuesto en el apartado anterior de dicho artículo. Y a renglón seguido, en su apartado 6, establece que lo mismo procederá en los casos en los que se ha decidido renunciar a un contrato ofertado o a reiniciar el procedimiento. Informará también a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (El subrayado es nuestro).

Visto cuanto antecede, el cumplimiento del artículo 135 de la Constitución Española, bien podría ser motivo suficiente para renunciar al contrato, siempre y cuando se motive, no solo por su mención, sino con clara referencia a los límites impuestos para la adjudicación del contrato, así como por los criterios que se derivan de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de Medidas para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Es evidente que la sentencia del tribunal debe cumplirse en sus propios términos y obliga al Ayuntamiento a retrotraerse al momento procedimental de la valoración de las ofertas, pero no es menos cierto ni menos relevante que, hecha dicha valoración, la posible adjudicación se produciría ahora, en la actualidad, y que de adjudicarse el contrato este tendría que ejecutarse cuando ya están en vigor las normas citadas y, muy posiblemente, en contra del interés general que las mismas protegen.

No obstante, también debemos hacer mención a la posibilidad de los licitadores, además de recurrir tal decisión, de solicitar la indemnización por los gastos ocasionados para concurrir a la licitación. Indemnización que, si bien con la actual legislación, se halla expresamente regulada y procede en todo caso sin mediar solicitud de los licitadores o candidatos, no se establecía de este modo en la legislación aplicable a la contratación de referencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con carácter general y atendiendo al TRLCAP, la declaración de desierto de un procedimiento de contratación se da básicamente en los siguientes supuestos o circunstancias: a) La



falta de licitadores; b) La no admisión a la licitación de los mismos, y c) Las llamadas ofertas irregulares o inaceptables por no atenerse a los pliegos que rigen la licitación.

Ninguna de estas circunstancias se dan en el presente caso, por lo que se trataría de alegar el interés general que pueda subyacer para que un procedimiento en los que no se han dado ninguno de los motivos esgrimidos y , por tanto, con licitadores que cumplen con las previsiones de los pliegos y, a mayor abundamiento, con los criterios de adjudicación, pudiera declararse desierto.

SEGUNDA.- El artículo 93, apartado 6 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contempla específicamente la posibilidad de renunciar a un contrato ofertado.

TERCERA.- El cumplimiento del artículo 135 de la Constitución Española, bien podría ser motivo suficiente para renunciar al contrato, siempre y cuando se motive, no solo por su mención, sino con clara referencia a los límites impuestos para la adjudicación del contrato, así como por los criterios que se derivan de lo dispuesto en la Ley 27/2013, de Medidas para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

2.4 INFORME 4/2014, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014. REFORMA Y AMPLIACIÓN DE PISCINA MUNICIPAL. CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO O CONTRATO CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

ANTECEDENTES

En fecha 17 de junio de 2014, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe por parte del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Benicarló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“D. MARCELINO DOMINGO PRUÑONOSA, Alcalde-Presidente del Ilmo. Ayuntamiento de Benicarló, con domicilio a efectos de notificaciones en Paseo Ferreres Bretó, nº 10, C.P. 12580 Benicarló (Castellón),

EXPONE: Que el Ayuntamiento de Benicarló es propietario de una piscina cubierta municipal, que actualmente se encuentra en funcionamiento a través de un contrato de gestión de servicios públicos. No obstante, las dimensiones de dicha instalación municipal resultan insuficientes para el número de usuarios de la misma. Por todo ello, pretendemos incoar expediente de contratación para la redacción de proyecto y ejecución de las obras de reforma y ampliación de la citada piscina cubierta municipal de Benicarló y su posterior explotación, así como la realización de las tareas de conservación y mantenimiento a ejecutar por el contratista bajo la modalidad de concesión administrativa. Sin embargo, tenemos dudas respecto a la calificación jurídica del citada contrato



(contrato de concesión de obra pública o contrato de gestión de servicios públicos), por lo que deseáramos conocer el parecer de la citada Junta.

El valor estimado de las obras de reforma y ampliación de la piscina cubierta municipal ascienden a la cantidad de 1.643.991,12 euros, IVA excluido; el plazo de concesión es de 30 años y la retribución a percibir por el concesionario asciende, aproximadamente, a 740,000,00 euros/año.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Tanto el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), como la norma que precedió a esta Ley, establecieron una clara diferenciación inicial entre el contrato de gestión de servicios públicos y el de concesión de obra pública, aunque ambos tipos de contrato puedan compartir aspectos jurídicos y contener prestaciones similares o idénticas. La principal diferencia se encuentra ya en su propósito y motivación: mientras el contrato de gestión de servicios públicos tiene por finalidad principal encomendar a una

empresa privada la gestión de un servicio público competencia de la Administración contratante, o asociarse con ella para tal fin, el contrato de concesión de obras públicas tiene por objeto la realización por el adjudicatario de unas obras requeridas por la Administración, así como su conservación y mantenimiento durante la vigencia del contrato, con la particularidad de que su contraprestación o pago se efectuará mediante la concesión del derecho a explotar dichas obras en régimen de concesión, solo o acompañado del de percibir un precio si fuera necesario para equilibrar económicamente las prestaciones y contraprestaciones del contrato.

En el contrato de concesión de obras públicas la prestación básica y mínima de su objeto es la ejecución de obras, independientemente de que estén vinculadas a la prestación de un servicio público o simplemente a la disponibilidad de una infraestructura o de un bien inmueble que la Administración considere necesaria. Es decir la ejecución de la obra es el objeto principal del contrato.

En este sentido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de fecha 19 de abril de 1994, Asunto C-331/92. Gestión Hotelera Internacional S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas S.A, indica que lo determinante será el objeto principal del contrato para que podamos incardinar una u otra figura en el ámbito del contrato de obras o en el de gestión de servicios públicos, y dentro del primero en la concesión de obra pública cuya finalidad persigue en primer término la construcción de la obra y la explotación como contrapartida.

Además, la concesión de la obra pública es una consecuencia de la forma de financiar las obras, las cuales se pagan total o parcialmente, pero de forma significativa y principal en cualquier caso, mediante la concesión del derecho de explotación de la obra o de aquellas partes de la misma que sea susceptibles de aprovechamiento económico por el concesionario. Así se desprende todo ello de



lo dispuesto en el capítulo II del Título I, Libro IV del TRLCSP, especialmente en sus artículos 240, 245, 248, 253 y 255.

En cambio, el contrato de gestión de servicios públicos es la forma mediante la cual puede la Administración gestionar indirectamente los servicios de su competencia, encomendándole a una empresa su organización y prestación, o asociándose con una o varias empresas para dicha finalidad. El artículo 277 del TRLCSP establece la concesión o el concierto, como modalidades mediante las cuales la Administración encomienda a una empresa la gestión del servicio, y la gestión interesada o la sociedad de economía mixta como modalidades para la gestión de forma asociativa. En este tipo de contrato también puede el adjudicatario estar obligado a la ejecución de obras, aunque no es ésta sin embargo la prestación esencial o principal que caracteriza el contrato, sino accesoria, siendo el objeto principal del contrato la prestación del servicio. Cuando existe la obligación de ejecutar obras, el plazo máximo de duración del contrato, incluidas las prórrogas, es de 50 años con carácter general y tales obras sí que han de estar necesariamente vinculadas a la prestación del servicio.

Por otra parte, la piscina municipal es una instalación deportiva de uso público, y sigue siendo un servicio público competencia propia del Ayuntamiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 25, I de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local según el art. Único apartado Ocho de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y, en concordancia con éste, en el artículo 33 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana. Por tanto, plenamente susceptible de ser gestionado indirectamente mediante un contrato de gestión de servicios públicos, independientemente de que comprenda o no la obligación de ejecución de obras por el adjudicatario.

En consecuencia, la consulta formulada por el Ayuntamiento de Benicarló debe ser respondida admitiendo que caben ambas posibilidades, es decir, tanto la opción de recurrir a un contrato de concesión de obra pública, especialmente por la gran dimensión y envergadura de las que se prevén, como también a uno de gestión de servicios públicos con la obligación accesoria de realizar las obras previstas, visto además que el servicio ya está creado y funcionando. La elección debe tomar en consideración ante todo *cuál es la finalidad principal del contrato que se plantea licitar y la forma de financiar las obras que se desean llevar a cabo*, sin olvidar que, según informa en el mismo escrito de la consulta, la piscina municipal "se encuentra actualmente en funcionamiento a través de un contrato de gestión de servicios públicos". Respecto a éste último, la Secretaría de esta Junta solicitó del Ayuntamiento la remisión de los pliegos y del contrato en vigor.

Sin embargo, lo que ha sido remitido por el Ayuntamiento (Registro de entrada 28605, de 28/07/2014) no es un contrato de gestión de servicios públicos para la explotación de la piscina municipal, sino un contrato de servicios para el <<asesoramiento especializado en contratación administrativa para la "confección del expediente de contratación del contrato de gestión de servicios públicos para la explotación de la piscina municipal...">>, al que se adjuntan los documentos que como consecuencia de dicho contrato de asesoramiento preparó su adjudicatario. Por tanto, desconocemos mediante qué contrato y con qué plazo y condiciones se encuentra actualmente contratada la gestión y explotación de la piscina municipal, por lo que no podemos tener en cuenta su existencia en el presente informe ni las consecuencias que pudiera tener su resolución anticipada en el supuesto de una nueva licitación de las prestaciones objeto del contrato.



2.5 MANTENIMIENTO INTEGRAL Y DE CONSERVACIÓN DE LAS INSTALACIONES DEL ALUMBRADO PÚBLICO Y DE SUMINISTRO DE ENERGÍA E INSTALACIÓN DE MEDIDAS DE EFICIENCIA ENERGÉTICA.

ANTECEDENTES

En fecha 25 de junio de 2014, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe por parte del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de El Campello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“En base a lo establecido en el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Consell, le remito la siguiente consulta en materia de contratación:

El Ayuntamiento está interesado en licitar un contrato con el siguiente objeto, sin embargo se nos plantean las siguientes dudas y cuestiones teniendo en cuenta el siguiente objeto del contrato que se propone:

“OBJETO Y CALIFICACIÓN.

El objeto de este PCA es establecer las bases para la contratación de los Servicios para el mantenimiento integral y de conservación de las instalaciones del alumbrado público y de suministro de energía e instalación de medidas de eficiencia energética con el fin de prestar un servicio de alumbrado público de calidad y disfrutar de una reducción del consumo actual.

En concreto, la actuación global e integrada que es objeto del presente Contrato tiene como finalidad el suministro y servicio para lo que se cede el uso y explotación de las instalaciones de alumbrado público exterior del Ayuntamiento contratante a una Empresa de Servicios Energéticos (ESE) para cubrir las siguientes prestaciones:

- Prestación P1 – Gestión y Suministro Energético: *Ejecución de las técnicas de gestión energética y explotación necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato; incluida la gestión y abono del suministro energético de la demanda de las instalaciones de alumbrado. Esta prestación incluye todos los costes derivados de la energía consumida por las instalaciones objeto de este contrato.*

- Prestación P2 – Mantenimiento e Inspección: *Ejecución de las tareas de mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, incluida la limpieza periódica de la misma, todo ello de acuerdo con las prescripciones del REEIAE.*

- Prestación P3 – Garantía Total: *Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados en las instalaciones según se regula en estos Pliegos bajo la modalidad de Garantía Total.*

- Prestación P4 – Trabajos de Mejora y Renovación de las Instalaciones del alumbrado exterior: *Realización y financiación de los trabajos de mejora y renovación de las instalaciones del alumbrado*



exterior que se especifican en la PPT. Los trabajos de mejora y renovación contempladas en la Prestación P4 serán ejecutadas en base a los preceptos del REEIAE, serán financiados por el Adjudicatario mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto de este contrato.

- **Prestación P5 – Inversiones en ahorro energético y energías renovables:** Además de las prestaciones enumeradas en este contrato, se tiene que promover la mejora de la eficiencia energética mediante la incorporación de equipos e instalaciones, que fomenten el ahorro energético, la eficiencia energética y la utilización de energías renovables. Estas instalaciones deberán ser propuestas durante todo el plazo del contrato, y serán estudiadas, ejecutadas y financiadas por el Adjudicatario, mediante los ahorros o venta de energía renovable, conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el precio de este contrato. Se presentará una Memoria Técnica formada por un estudio energético, estudio técnico-económico, plan de ejecución y posibles condiciones por su ejecución, que necesariamente tendrá que estar aprobado por el Ayuntamiento para llevarlas a cabo. Se deberán amortizar dentro del plazo de ejecución del contrato.

- **Prestación P6 –Trabajos Complementarios:** Ejecución de trabajos no programados relacionados con el Alumbrado Público, en el marco de este contrato y que no corresponden a trabajos específicos de las prestaciones anteriores, detallándose en el PPT el concepto de Trabajo Complementario.

El presupuesto anual de licitación SIN IVA **asciende a 619.834,71 euros/año** y es la suma de 5 conceptos:

Presupuesto de la prestación P1, gestión y suministro energético.

Presupuesto de la prestación P2, mantenimiento.

Presupuesto de la prestación P3, garantía total.

Prestación P4, trabajos de mejora y Renovación de las Instalaciones.

Prestación P5,. Inversiones en ahorro energético y energías renovables."

Las cuestiones que se nos plantean son las siguientes teniendo en cuenta que el precio de licitación será de 750.000,00 euros/año (IVA incluido) con una inversión inicial de 1.500.000,00 euros y con un plazo de duración de 10 años. Actualmente estamos facturando por consumo de

energía unos 750.000,00 euros/año y se prevé, con dicha inversión, se produzca un ahorro en el consumo de un 40% anual, con ese ahorro se financiaría las inversiones, con lo que al final la facturación anual para el Ayuntamiento sería la misma cuantía:

1º.- Qué tipo de contrato sería.

2º.- Al ser un contrato mixto el artículo 12 del TRLCSP (Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico), teniendo en cuenta que los contratos de servicios tienen una duración máximo de 4, más dos años de posible prórroga y de suministro no existe plazo máximo de duración, es posible si el precio del suministro fuera mayor que el de servicios que el contrato tuviera un plazo de 10 años?.



3º.- ¿El pliego técnico debería ir acompañado de un anexo de inversiones a realizar a modo de anteproyectos que incluya denominación e importe?, si es así...estas inversiones se pueden alterar a lo largo del plazo del contrato, para incluir nuevas obras y modificar las ya aprobadas? ¿Si fuera posible deberíamos prever dicha cláusula en los pliegos pero sin cuantificar ni especificar?, los Servicios Técnicos nos dirán que no se puede prever las obras necesarias para un periodo tan largo y que las necesidades van cambiando a lo largo de los 10 años del contrato.

4º.- ¿Qué tipo de clasificación empresarial habría que pedir al incluir servicios de mantenimientos y obras?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Del texto de la consulta formulada se desprende que el Ayuntamiento pretende contratar las prestaciones descritas con una *Empresa de Servicios Energéticos* (en adelante, una ESE), lo cual constituye ya una primera opción que acota o enfoca el tipo de contratación aplicable.

En relación con las ESE, el artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, estableció lo siguiente:

Artículo 19. Empresas de servicios energéticos.

1. Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este real decreto-ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.

2. El servicio energético prestado por la empresa de servicios energéticos consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes. El servicio energético así definido deberá prestarse basándose en un contrato que deberá llevar asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable.

De esta regulación y definición de las empresas de servicios energéticos conviene extraer dos elementos distintivos que caracterizan cualquier contrato suscrito con este tipo de entidades:

- f) La ESE ha de afrontar cierto grado de riesgo económico al prestar sus servicios o, lo que es lo mismo en este caso, su retribución ha de depender, al menos en una parte significativa, de la obtención de un ahorro de energía verificable y medible.
- g) Entre las prestaciones objeto del contrato deberán estar incluidas, en todo caso, las inversiones de toda índole necesarias para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos. Opcionalmente, el contrato podrá comprender, además, el mantenimiento, la explotación o la gestión de las obras, equipos y sistemas fruto de dichas inversiones.



En principio, como puede observarse, el Real Decreto-ley mencionado no incluye el suministro de energía eléctrica como una de las prestaciones para las que se encuentran facultadas las ESE. Para ello, sería necesario que las ESE tuvieran la consideración de empresas autorizadas para la distribución o comercialización de electricidad, en los términos establecidos por el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

Por otra parte, el mismo Real Decreto 1955/2000, en su artículo 79.3, establece que el contrato de suministro de energía eléctrica “es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla, ni venderla a terceros.”

En consecuencia, una primera observación que debemos hacer al Ayuntamiento es que si el suministro de energía forma parte del objeto del contrato, como parece deducirse de los dos primeros párrafos de la consulta, refiriéndose al servicio esencial regulado por la normativa del sector eléctrico, entonces la empresa adjudicataria tendrá que estar habilitada como empresa comercializadora de electricidad. Si no lo está, una ESE, por sí sola, no puede ser suministradora de la energía eléctrica que sólo pueden proporcionar las comercializadoras o distribuidoras autorizadas y, por otra parte, tampoco puede sustituir al Ayuntamiento como consumidor de la energía eléctrica que este precisa para el alumbrado público exterior, ya que no es la usuaria de dicha energía y no puede adquirirla para revendérsela a su vez al Ayuntamiento.

Una cuestión distinta sería que entre el conjunto de las prestaciones objeto del contrato se incluyese el pago de la factura energética por la ESE en nombre o por delegación del Ayuntamiento y previa comprobación, justificación y verificación de los consumos y conceptos facturados, lo cual sería objeto de la correspondiente contraprestación a la ESE por parte del Ayuntamiento en la forma que estuviera pactada en el contrato. En ese caso, el Ayuntamiento continuaría siendo el

contratante del suministro eléctrico con la comercializadora de electricidad y lo que se estaría incluyendo en el contrato con la ESE es la financiación de la factura eléctrica e incluso su pago por delegación del Ayuntamiento y la gestión del suministro que le corresponda a éste, todo ello en el marco de las prestaciones para la eficiencia energética, lo cual sí podría en su conjunto considerarse incluido entre las funciones para las que una ESE está facultada o capacitada.

La cuestión anterior fue abordada por la Comisión Nacional de la Energía en su Informe de 24 de marzo de 2011, sobre el marco regulatorio de las empresas de servicios energéticos. En dicho informe la Comisión responde, entre otras, a la consulta planteada sobre si existe algún impedimento legal para que una empresa de servicios energéticos pague la energía eléctrica de unas instalaciones municipales como parte del servicio energético que se ofrece a un ayuntamiento, y al respecto concluye de la forma siguiente:

“En relación con las consultas planteadas se puede concluir que:

...

2. Si la consulta se refiere exclusivamente al pago de la factura a la compañía comercializadora por parte de la empresa de servicios energéticos en nombre del ayuntamiento, en virtud de un contrato entre ambas partes (ayuntamiento y empresa de servicios energéticos), pero sin cambiar la titularidad del contrato entre comercializador y ayuntamiento, no existiría ninguna limitación normativa que impidiese dicha posibilidad.”



No obstante, la propia Comisión Nacional de la Energía analiza en el mismo informe otra posibilidad que se deduce de apreciar una sutil diferencia entre el contrato de suministro de electricidad, regido por la normativa del sector eléctrico, y lo que puede denominarse como la “gestión del suministro energético de electricidad” utilizando la terminología empleada en la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 23 de julio de 2009, relativo a un modelo de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en edificios públicos. En términos similares se expresa también uno de los modelos de contrato del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), en cuyo objeto se incluye “la gestión del suministro energético de la demanda de las instalaciones de alumbrado” entre el conjunto de prestaciones de un contrato tipo descrito como “contrato mixto de suministro y servicios para la prestación del servicio integral de iluminación exterior” de un municipio.

De acuerdo con ese concepto de “gestión del suministro”, la Comisión entiende que *“se deduce que entre los diferentes servicios que debe prestar la empresa contratista, es decir la ESE, está el suministro de energía transformada (energía procedente de energías renovables, vapor de una cogeneración, electricidad, etc.), siendo la empresa contratista quien pudiese contratar el suministro de gas o electricidad con el comercializador correspondiente. En este caso, en relación con el artículo 79.3 del Real Decreto 1955/2000, cabría considerar que el efectivo usuario de la energía es la ESE, quien no vende esta energía ni la cede a terceros, sino que la transforma en un producto global más eficiente y con una mayor aportación de renovables para suministrarla a la Administración Pública, todo ello en el marco de un contrato de suministro y gestión energética.”*

Pero la propia Comisión, consciente de que podría considerarse que tal razonamiento se aparta de la regulación legal del sector, añade lo siguiente: *“En cualquier caso, con el fin de evitar posibles interpretaciones y adaptar la normativa a una situación donde el suministro de electricidad puede formar parte de un servicio energético más amplio, sería conveniente que estas consideraciones fueran precisadas en el marco de un posible desarrollo normativo de la figura de empresa de servicios energéticos introducida por el Real Decreto-ley 6/2010”.*

Consecuencia de todo lo expuesto es que lo primero que debe decidir el Ayuntamiento consultante es si será o continuará siendo el titular del contrato sometido a la normativa del sector eléctrico y suscrito con la compañía comercializadora de electricidad suministradora de la energía eléctrica que sea necesaria para el servicio de alumbrado público del municipio y quién, en primera y última instancia, responderá ante dicha compañía de las obligaciones de pago del precio que se deriven de dicho contrato. En cualquier caso, la ESE, si no es una comercializadora o distribuidora de energía autorizada no podrá ser la suministradora de la electricidad procedente del sector regulado, sin perjuicio de que pueda encargarse de la gestión de dicho suministro en las instalaciones del Ayuntamiento, de igual forma que puede hacerlo con la energía que en su caso pueda obtenerse de otras fuentes propias o creadas en ejecución del contrato.

La decisión que sobre la cuestión anterior se adopte es relevante y previa para resolver las dos primeras preguntas planteadas por el Ayuntamiento en su consulta, es decir, qué tipo de contrato es el más adecuado para las prestaciones comprendidas en su objeto y, en el supuesto de que se trate de un contrato mixto de los que contienen prestaciones propias de dos o más contratos típicos, qué normas deben seguirse en relación con su duración. En nuestro caso, presuponemos que el Ayuntamiento continuará siendo el titular de un contrato de suministro de energía para el alumbrado público exterior con una empresa comercializadora autorizada y que la ESE, de lo que se encargará, es de la “gestión” y pago de ese suministro, tal como se estipula en la Prestación P1 del texto de la consulta efectuada.



En cuanto al tipo de contrato, hemos de partir necesariamente de despejar alguna incógnita relacionada con la financiación de las inversiones necesarias para conseguir los objetivos perseguidos con la actuación y de la premisa al comienzo enunciada relativa a las características de los contratos que pueden suscribirse con una ESE, y analizar de qué forma es todo ello compatible con la legislación de contratos del sector público.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), una característica esencial del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP), que lo distingue de cualquier otro contrato mixto con prestaciones de distintos tipos, es que su objeto lo constituye una actuación global e integral que ha de incluir *“la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios”* para el cumplimiento de objetivos de dicha actuación y que, además, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Con este precepto el contrato CPP se configura como un tipo de contrato propio y distinto de los otros regulados en el TRLCSP, aunque pueda incluir prestaciones propias de los de éstos, que puede comprender adecuadamente todas las prestaciones incluidas en la consulta formulada por el Ayuntamiento, al haberse incluido entre ellas, como así consta en la descripción hecha de las prestaciones P4, P5 y P6, la financiación de inversiones inmateriales (estudios, proyectos, propiedades incorpóreas, ...), obras (instalaciones) y suministros (equipos, maquinaria, combustibles, energía procedente de recursos puestos a disposición del contrato,...) que sean necesarios para todos o parte de los objetivos perseguido con la actuación integral y global que constituye el objeto del contrato.

Los contratos CPP han de adjudicarse mediante el diálogo competitivo entre candidatos seleccionados, entre aquellos que soliciten participar en el procedimiento de adjudicación, a fin de desarrollar, antes de la presentación de ofertas, una varias soluciones válidas para satisfacer las necesidades planteadas por la Administración ante una actuación especialmente compleja. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del TRLCSP estos contratos se consideran, en todo caso, sujetos a regulación armonizada y deberán ser objeto de publicidad comunitaria.

Al mismo tiempo, hay que destacar que no sólo cabe considerar que el CPP es un tipo de contrato adecuado para los fines que describe el Ayuntamiento en su consulta, sino que podría decirse que es a nuestro juicio el único de los regulados en el TRLCSP que permite reunir en una sola contratación una actuación tan compleja, en la que pueden plantearse diferentes soluciones alternativas y no cabe a priori definir la totalidad de medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos del Ayuntamiento. Las prestaciones descritas en la consulta son muchas más que las podría comprender



un contrato mixto de suministros y servicios diversos, ya que se incluye, además de éstos, la ejecución de obras e instalaciones, la cesión del uso y explotación de las instalaciones de alumbrado y, como hemos visto, la financiación de inversiones e incluso la financiación o el pago delegado de suministros energéticos contratados por el Ayuntamiento con otras entidades.

Respecto a la segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento en su consulta, resulta que también la regulación del plazo de duración del contrato CPP es la única que puede adecuarse suficientemente a las necesidades del Ayuntamiento y a las especiales características del contrato. Dado que el contrato obliga al adjudicatario a la realización y financiación de inversiones, el citado artículo 11 del TRLCSP vincula su duración a la de la amortización de las mismas o a la de las fórmulas de financiación que se establezcan en el contrato. Ello permite al ayuntamiento establecer, a través del diálogo competitivo que se ha de seguir con los licitadores interesados para su adjudicación, tanto los plazos parciales que resulten adecuados para la ejecución de las inversiones, como los

períodos de amortización que seguirán a su finalización y, en consecuencia, la duración total del contrato hasta que al menos se haya completado la contraprestación que deba percibir el adjudicatario. El artículo 314 del TRLCSP establece un límite general de 20 años para la duración de estos contratos, salvo cuando, por razón de su objeto principal, sea aplicable el régimen propio del contrato de concesión de obra pública, en cuyo caso la duración máxima será de 40 años. No es aplicable en este caso el límite establecido para los contratos de servicios.

En definitiva, dado que la contratación incluye realización y financiación de inversiones por el adjudicatario y que gran parte de éstas y de las prestaciones comprendidas en el contrato han de financiarse con los ahorros conseguidos dentro del período de vigencia de dicho contrato, su plazo de duración debe establecerse en función del importe y los plazos parciales que se establezcan para ejecutar dichas inversiones, especialmente las P4 y P5, y la fecha en que comenzarán a producirse los ahorros energéticos, de forma que sea viable la fórmula de financiación y retribución del adjudicatario que se establezca en el pliego en base a los mismos.

Con lo que acabamos de indicar se responde también a la tercera cuestión planteada en la consulta del Ayuntamiento y hay que hacerlo en sentido afirmativo. Precisamente por la necesidad de acotar la duración y establecer los objetivos temporales y otras condiciones del contrato, es necesario que el Pliego incluya, aunque sea como resultado de una fase del diálogo competitivo, una relación de las inversiones *iniciales* que deban realizarse en todo caso que incluya, no sólo denominación e importe estimado, sino también y sobre todo plazos parciales de realización, así como una indicación de aquellas otras que podrán ser propuestas por los licitadores durante la ejecución del contrato. Téngase en cuenta que el procedimiento de adjudicación que ha de seguirse para un contrato CPP es el del diálogo competitivo, en el cual los candidatos seleccionados por el Ayuntamiento conforme a requisitos de aptitud y solvencia han de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades u objetivos planteados por el Ayuntamiento, en base a las cuales deberán presentar su oferta, de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y siguientes del TRLCSP. Tal como establece el artículo 182.4 de la Ley, el órgano de contratación debe proseguir el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de comparar las que se hubiesen propuesto, las soluciones que pueden responder a sus necesidades y sobre la que en la fase siguiente se efectuará la licitación. En esta última, el artículo 183.1 establece que las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto, para lo cual es necesario que éstos hayan sido previamente determinados.

Por último, respecto a la consulta relativa a qué tipo de clasificación empresarial habría que pedir al incluir servicios de mantenimiento y obras en el objeto del contrato, hemos de recordar que la



clasificación constituye una síntesis de los requisitos de solvencia económica y de solvencia técnica y profesional exigible para licitar a los contratos de obras de importe igual o superior a 500.000 euros y de servicios de importe igual o superior a 200.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta del TRLCSP, siendo, en el caso de servicios, obligatoria hasta tanto no se dicten las normas reglamentarias que desarrollen lo establecido en su artículo 65.1. Sin embargo, el contrato CPP está configurado en el TRLCSP como una clase de contrato con entidad propia y distinta de los demás contratos típicos regulados por dicha Ley, razón por la que no le son aplicables las normas que rigen la adjudicación de dichos contratos sino las que la propia Ley establece para los de su clase y, por tanto, el órgano de contratación no puede exigir la clasificación sino que debe indicar en el anuncio de licitación y establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la contratación los requisitos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional que se consideren necesarios o adecuados para la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 al 64, 75 y 79 del TRLCSP.

Relacionado con la solvencia técnica o profesional, pero independientemente de la exigibilidad o no de la clasificación, es conveniente también recordar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.2 del TRLCSP, entre las condiciones de aptitud para contratar, los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las actividades o prestaciones que comprenda el objeto del contrato. Por ello, en lo que se refiere a los mantenimientos y a la ejecución de obras de instalaciones para los que se requiere una habilitación empresarial de acuerdo con las normas sectoriales correspondientes, como sucede en el caso de las instalaciones eléctricas, de gas o de combustibles, el órgano de contratación debe establecer en el pliego el requisito de disponibilidad de la habilitación empresarial que sea necesaria para la ejecución de dichas actividades, teniendo en cuenta también y previendo en el pliego las posibilidades que ofrecen los artículos 59 y 63 del TRLCSP para que los licitadores puedan reunir los requisitos que se precisen para participar en el procedimiento de adjudicación del contrato.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Entre las clases de contratos regulados en el TRLCSP, la actuación global e integrada en materia energética descrita en la consulta efectuada por el Ayuntamiento del Campello solo puede ser objeto de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al tratarse en este caso de un contrato entre el Ayuntamiento y una empresa de servicios energéticos de las definidas en el artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, y al incluir entre sus prestaciones la financiación de inversiones inmateriales, de obras y de suministros necesarios para el cumplimiento de los objetivos de dicha actuación y, además, la ejecución de dichas inversiones, la cesión del uso y explotación de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio, su mantenimiento integral y conservación, la gestión del suministro de energía y otras prestaciones para fomentar la mejora de la eficiencia energética y la utilización de las energías renovables.

SEGUNDA.- La duración de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como el descrito en la consulta no puede exceder de 20 años, salvo en el supuesto excepcional previsto en el artículo 314 del TRLCSP, y debe establecerse en función de la duración de la amortización de las inversiones y de las fórmulas de financiación que se establezcan en el contrato, teniendo en cuenta en particular que una parte de sus prestaciones ha de financiarse con los ahorros



de energía conseguidos durante su vigencia. No es aplicable en modo alguno a esta contratación la limitación establecida en el artículo 303 del TRLCSP para los contratos de servicios.

TERCERA.- Es necesario que el contrato establezca, aunque sea como resultado de una fase del procedimiento de diálogo competitivo que ha de seguirse para su adjudicación, una relación de las inversiones iniciales que deban realizarse necesariamente en la que se incluya al menos su denominación, importe estimado y plazos parciales de realización, así como una indicación de aquellas otras que podrán ser propuestas por los licitadores durante la ejecución del contrato y, en general, el alcance y límites de las modificaciones que podrán acordarse y las condiciones o requisitos para ello, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 106 del TRLCSP.

CUARTA.- En ningún caso es exigible a los licitadores de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado su clasificación como empresas contratistas de servicios.

2.6 INFORME 6/2014, DE 28 DE JULIO DE 2014. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL EN UN CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

ANTECEDENTES

En fecha 4 de julio de 2014 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de consulta de la Alcaldesa del M.I. Ayuntamiento de Biar del siguiente tenor literal:

“En fecha 31 de diciembre de 2013 finalizó el contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Biar y la mercantil Fomento de Benicasim S.A. (FOBESA), consistente en la recogida domiciliar de basura y limpieza viaria, contrato vigente desde diciembre de 1993.

En fecha 31 de marzo de 2014, por el Ayuntamiento en Pleno se acuerda iniciar expediente para la adjudicación del contrato de recogida de residuos sólidos urbanos, y su transporte, gestión del punto limpio y limpieza viaria. En la misma sesión plenaria se acuerda aprobar los pliegos de condiciones particulares y prescripciones técnicas. Estos pliegos son rectificadas en fecha 25 de abril de 2014.

Reconocen los convenios colectivos generales del sector de la limpieza pública y recogida, tratamiento y eliminación de residuos, la subrogación del personal adscrito a los servicios con ocasión de un cambio de empleador, en base a ello, se introduce en el Pliego de Prescripciones Técnicas la cláusula 5.1 “Personal”. En esta cláusula se relacionan los puestos actuales adscritos al servicio, detallando la antigüedad, el tipo contractual y el coste anual para 2014.

Conforme marca la normativa, la información a introducir en los pliegos, referidos a los puestos a subrogar, son facilitados por la predecesora en la prestación del servicio, en este caso la mercantil FOBESA.

Se han presentado al proceso un total de cuatro ofertas a instancias de: Innovia Coptalia S.A.U., Fomento de Benicasim S.A., Cespa S.A. y Seula S.A.



Tras la apertura de las ofertas económicas, se observa en el estudio económico presentado por la mercantil FOBESA, que los costes unitarios del personal a subrogar son inferiores a los costes especificados en el pliego de prescripciones técnicas, y por tanto difieren de los datos facilitados por ella misma a esta Corporación, y que sirvieron para la redacción del pliego.

Se solicita, a la mercantil citada, aclaración al respecto, respondiendo que *“FOBESA ha fundamentado adecuadamente su oferta, habiéndose tenido en cuenta a la hora de reacción de la misma y por lo que respecta a los costes de personal, lo previsto en el convenio marco de FOBESA, todo ello sin perjuicio de su obligación, según convenio aplicable, de la subrogación del personal adscrito al servicio.”*

En el escrito de contestación se citan diversos informes de los órganos consultivos en materia de contratación, no obstante, tras su estudio se observa que ninguno analiza el caso que nos ocupa.

Por todo ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, se solicita informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, de las siguientes cuestiones:

1º.- ¿Puede considerarse que una oferta incumple los pliegos cuando los costes unitarios del personal que tiene obligación de subrogar no se ajusta a los costes que aparecen en el pliego de prescripciones técnicas?

2ª.- En caso afirmativo, ¿procede declarar excluida del proceso a la mercantil cuya oferta no se ajusta a los pliegos?

Se adjunta la siguiente documentación:

Pliego de prescripciones técnicas y estudio económico que sirve de base a la licitación.
Oferta económica de la mercantil FOBESA.
Consulta formulada a la mercantil.
Respuesta de la mercantil a la pregunta anterior.”

El escrito de consulta se acompaña del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que rige la contratación, así como de un informe económico de la oficina técnica de urbanismo y medio ambiente del Ayuntamiento, la propuesta técnica de la empresa FOBESA y los escritos intercambiados entre esta empresa y la mesa de contratación en relación con la solicitud de esta de aclaración de determinados extremos de la oferta de aquella. Posteriormente, ha sido remitido también el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobado por el Ayuntamiento el 31 de marzo de 2014 y rectificado el 25 de abril de 2014, que regula la adjudicación, ejecución y extinción del contrato.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las dos cuestiones planteadas por el Ayuntamiento se resumen en una sola, ya que la segunda es una consecuencia directa de los principios de igualdad y transparencia que han de regir la



contratación del sector público y, por tanto, si una proposición no se ajusta a lo establecido conforme a derecho en los pliegos, no podrá ser admitida y deberá ser excluida del procedimiento para la adjudicación del contrato.

De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que rige la contratación a la que se refiere la consulta, el objeto del contrato lo constituye la gestión del servicio público de recogida y transporte de residuos urbanos, y de limpieza viaria. La modalidad es la de concesión, el plazo inicial de duración es de 10 años y el valor estimado, incluida la posible prórroga de 2 años, asciende a 2.843.395,08 euros.

Respecto a la cuestión planteada por el Ayuntamiento, la cláusula XVII del PCAP establece, entre las obligaciones del adjudicatario del contrato, la de "subrogar al personal adscrito al servicio, en los términos y condiciones señaladas en los convenios colectivos vigentes al sector objeto de contratación". Asimismo, en su último párrafo señala que en la cláusula 5.1 del pliego de prescripciones técnicas del contrato (en adelante PPT) se incluye la relación del personal que ha estado adscrito al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos del Ayuntamiento.

Por su parte, la prescripción número 5.1.1 del PPT reitera la obligación del contratista de subrogarse en los contratos laborales del personal fijo y temporal, añadiendo que deberá hacerlo "hasta la finalización de sus contratos, ..., respetando los términos regulados por el (los) Convenio(s) General(es) del sector de limpieza pública y recogida, tratamiento y eliminación de residuos" y que "el incumplimiento culpable de esta obligación conllevará la rescisión del contrato con pérdida de fianza".

A continuación, es el apartado 5.1.2 del PPT el que, como indicaba el PCAP, relaciona los puestos actuales adscritos al servicio, que son un total de cuatro; uno de ellos, un conductor adscrito al servicio de recogida de residuos, y los otros tres, dos peones y un conductor adscritos al servicio de limpieza. De todos ellos, se informa, además, de su antigüedad, tipo de contrato y coste anual estimado para 2014, sin que se establezca que dicho coste constituyera una cantidad a la que debieran ajustarse exactamente las ofertas de los licitadores.

Y todavía, en el apartado 5.1.3, se añaden nuevas obligaciones que guardan relación con la subrogación y que no venían recogidas, referidas o anunciadas en el PCAP, como que "el adjudicatario vendrá obligado a no modificar la composición de la plantilla asignada a la contrata con carácter permanente, durante los seis meses anteriores a la finalización del contrato", o que "cualquier modificación que pudiera producirse derivada de las necesidades a atender, así como del contenido de los contratos de los trabajadores deberá ser autorizada formalmente por la Corporación".

Todo ello obliga a advertir una cuestión previa sobre la que esta Junta ya se ha pronunciado en otras ocasiones. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCSP, son los pliegos de cláusulas administrativas particulares y no los pliegos de prescripciones técnicas los que podrán incluir las condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes del contrato, mientras que el contenido de los segundos debe limitarse a las prescripciones técnicas estrictamente necesarias para definir las prestaciones y sus requisitos de calidad en los términos establecidos en los artículos 116 y 117 del TRLCSP. En el caso que nos ocupa esto no ha sido así y mientras que, como hemos visto, el PCAP se limita a establecer conforme a derecho la obligación de subrogación del adjudicatario como empleador de los trabajadores con contrato laboral en vigor, el PPT ha ido más allá y podría parecer que ha establecido obligaciones que constituyen condiciones especiales de ejecución de dudosa exigibilidad o aplicabilidad, al entrar en aspectos de las relaciones laborales que



competen exclusivamente a la empresa adjudicataria o a ésta y a sus trabajadores y que exceden las facultades o prerrogativas que en la contratación administrativa otorga al Ayuntamiento la legislación de contratos del sector público.

El artículo 118 del TRLCSP establece que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario, se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego (el PCAP) o en el contrato, y se refieran a las consideraciones de tipo social o medioambiental que en dicho artículo se describen, entre las que no está incluida ninguna referida a la subrogación en contratos laborales preexistentes y al mantenimiento de las condiciones y retribuciones pactadas en ellos.

En lo que se refiere a contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en relaciones laborales preexistentes, el artículo 120 del TRLCSP establece únicamente que el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, así como que la empresa que viniese efectuando la prestación está, a su vez, obligada a facilitarle al órgano de contratación dicha información. Sin embargo, el TRLCSP no establece ni prevé la posibilidad de establecer la obligación de que, una vez efectuada la subrogación, deban permanecer inalterables las condiciones de dichos contratos por tiempo alguno vinculado o no a la ejecución del contrato.

En consecuencia, desde el punto de vista de la legislación de contratos del sector público, visto lo establecido en el PCAP que rige la contratación objeto de la consulta y la información consignada en el apartado 5.1.2 de su PPT, no puede considerarse en modo alguno que una proposición incumple dichos pliegos por el hecho de que su estimación de los costes futuros de personal en su propuesta técnica sean diferentes de los costes anuales también estimados que figuran en dicho apartado del PPT o en cualquier otro documento. La obligación del adjudicatario es la de subrogarse como empleador en los contratos laborales vigentes especificados en el pliego, pero tal subrogación no modifica los derechos y obligaciones que tenían las partes y si, antes de la subrogación, un contrato laboral podía ser modificado de conformidad con la legislación aplicable, también puede serlo después¹.

¹ El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con la redacción dada por el artículo 12 de la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece lo siguiente:

Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.



Las cuestiones relativas a la legislación laboral y a la interpretación de los convenios colectivos no son materia objeto de los informes de la Junta, pero, no obstante, por referirse a ellos el PCAP que rige la contratación objeto de la consulta, debemos analizar siquiera sea sucintamente la cuestión planteada en el marco del convenio al que se refiere el PPT, esto es, el vigente Convenio general del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, publicado por Resolución de 17 de julio de 2013, de la Dirección General de Empleo (BOE núm 181, de 30 de julio de 2013) (en adelante, el Convenio).

En primer lugar, hemos de destacar que el citado Convenio, aplicable en todo el territorio español, está sometido al principio de complementariedad respecto de los convenios de ámbito inferior, tal como indica su artículo 4 y de conformidad con el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, quedando excluidas de las materias reguladas en este Convenio, entre otras, las cuantías de las retribuciones ya que en el mismo sólo se establece el sistema y la estructura de las retribuciones y otros aspectos referidos a los porcentajes de bonificación de los trabajos nocturnos y tóxicos, penosos o peligrosos, así como a las horas extraordinarias.

Y en segundo lugar, hay que añadir que la subrogación de personal es objeto de regulación general en el Convenio como una medida para conseguir la estabilidad en el empleo y, con esta finalidad, los artículos 50 y siguientes del Convenio establecen los supuestos en los que deberá operar la subrogación del personal, la documentación que deberá facilitar la entidad saliente a la entrante que le suceda en la actividad y las reglas que deberán seguirse para el cálculo, distribución y abono de la liquidación de retribuciones, vacaciones y descansos, respecto del personal afectado por la subrogación y entre la entidad saliente y la entrante. Pero nada se establece que condicione la posibilidad de modificar el contenido de los contratos por los motivos previstos en la legislación laboral.

Por tanto, como prevé la cláusula XVII del PCAP, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que, junto al convenio general del sector, pueden existir convenios vigentes de ámbito inferior y, en particular, convenios de empresa, como bien alega la mercantil a la que el Ayuntamiento se dirige solicitando aclaración de su oferta, documentos todos ellos que acompañan en su escrito de consulta. Al respecto, el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del

c) Régimen de trabajo a turnos.

d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.

e) Sistema de trabajo y rendimiento.

f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.



convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, entre otras materias, en lo que se refiere a la cuantía del salario base y de los complementos salariales.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La imposición al adjudicatario de un contrato de la obligación de subrogarse como empleador en relaciones laborales preexistentes debe establecerse en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el órgano de contratación debe facilitar al adjudicatario la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, las cuales pueden verse modificadas posteriormente de conformidad con lo dispuesto en la legislación laboral.

SEGUNDA. Como consecuencia de lo anterior, no puede considerarse que una proposición presentada a una licitación de la gestión de un servicio público, como la que es objeto del presente informe, incumple los pliegos que rigen la contratación por el simple hecho de que su estimación de los costes futuros del personal, unitarios o totales, difieran de las estimaciones consignadas en el pliego de prescripciones técnicas.

2.7 INFORME 7/2014 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014.CONTRATO DE SERVICIO DE RECOGIDA Y CUSTODIA DE ANIMALES DE COMPAÑÍA. LEY 4/1994, DE 8 DE JULIO DE LA GENERALITAT VALENCIANA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA.

ANTECEDENTES

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

“Estando en trámite el expediente de Contratación del asunto de referencia y a la vista de la Providencia de la Teniente de Alcalde del Área de Servicios del Ayuntamiento de Paterna, Dña. Marisa Teresa Ferre Cortés, con fecha 11 de julio de 2014, y del recurso presentado por el actual contratista, por la presente se FORMULA CONSULTA sobre la adecuación de los Pliegos de Condiciones reguladores del “Servicio de Recogida y custodia de animales de compañía”, aprobados por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14/02/2014, al artículo 18 de la Ley 4/1994, de 8 de julio de la Generalitat Valenciana, sobre Protección de los Animales de Compañía, en su redacción dada por el artículo 45 de la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

Se adjunta copia de:



- 1.- *Pliego de Condiciones Regulatoras del Servicio.*
- 2.- *Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana sobre Protección de los Animales de Compañía, en su redacción dada por el artículo 45 de la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera , y de Organización de la Generalitat.*
- 3.- *Recurso presentado por la Asociación Movimiento y Desarrollo para la Protección Animal (MODEPRAN)."*

La anterior consulta se acompaña también de una certificación de la Secretaria General del Ayuntamiento relativa a la sesión de la Junta de Gobierno Local el 14/02/2014 en la que, entre otros acuerdos, acuerda modificar los pliegos administrativos y técnicos, constando en dicha certificación el texto íntegro del "Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el Servicio Municipal de Recogida y Custodia de Animales de Compañía" y sus correspondientes anexos

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta formulada por el Ayuntamiento de Paterna es relevante porque viene motivada por la posible colisión entre las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato administrativo de servicios y la redacción del artículo 18 de la ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana, sobre protección de los animales de compañía, modificada por el artículo 45 de la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de la Generalitat, en la que se establece lo siguiente:

«Artículo 18»

«Para la recogida y retención de los animales abandonados y gestión de las adopciones, los ayuntamientos dispondrán de personal capacitado y de instalaciones adecuadas. En la prestación de este servicio, los ayuntamientos, sin perjuicio de su responsabilidad en el cumplimiento de la normativa aplicable, podrán concertar la ejecución con entidades externas, dando prioridad a las asociaciones de protección y defensa de los animales legalmente constituidas que lo soliciten. El destino de los animales recogidos sólo podrá ser una instalación inscrita en el registro oficial de núcleos zoológicos como centro de acogida de animales ya sea de titularidad municipal o privada.»

Tras declarar desierta una licitación anterior, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento aprobó un nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas particulares para proceder a la licitación y adjudicación de un *contrato de servicios* para la prestación del servicio municipal de recogida y custodia de animales de compañía, mediante un procedimiento abierto en el que la valoración de las proposiciones había de efectuarse atendiendo a criterios referidos a



los siguientes elementos: memoria técnica del servicio, mejoras al contrato, garantía complementaria y oferta económica, esta última con una ponderación del 70% del total. Como criterio de desempate en caso necesario, se previó el criterio social de mayor empleo de personas con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP).

Visto todo ello, hemos de destacar, en primer lugar, el hecho de que el reproducido artículo de la Ley 4/1994 de la Generalitat establece que los ayuntamientos podrán “concertar” el servicio con entidades externas, pero al mismo tiempo hay que advertir que el concierto, en la legislación en materia de contratación, es precisamente una de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, establecidas en el artículo 277 del TRLCSP, que no es aplicable en un contrato típico de servicios como el que prevé el Pliego remitido, razón por sí sola suficiente para descartar cualquier conflicto entre dicha contratación y lo dispuesto en la Ley 4/1994. El TRLCSP distingue claramente los contratos de servicios de los contratos de gestión de servicios públicos, los cuales tienen un régimen jurídico diferente al de servicios derivado en gran parte de la también diferente posición y responsabilidad asumidas por las partes intervinientes en el contrato. El contrato de gestión de servicios públicos es la forma mediante la cual la Administración puede gestionar indirectamente un servicio de su competencia, siempre que sea susceptible de explotación por particulares, encomendándolo a una entidad privada en régimen de concesión o de concierto, o asociándose con ella para tal fin. En cambio, mediante el contrato de servicios (o mixto de servicios y, accesoriamente, de suministros) la Administración contrata única o principalmente la realización de unos trabajos (prestaciones de hacer), pero manteniendo la gestión y responsabilidad directa sobre la prestación del servicio.

En el caso sometido a consulta, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares remitido (en adelante PCAP) califica el contrato como contrato de servicios y establece su régimen jurídico de conformidad con ello y en consonancia con la forma de financiación del contrato -con cargo al presupuesto ordinario- y de retribución al adjudicatario -por servicios prestados y certificados por el responsable municipal-. El director del servicio y responsable del contrato está designado por el Ayuntamiento y sus funciones recaen sobre el Jefe de Servicios Municipales y Redes, quien debe cursar las instrucciones para la ejecución del contrato y comprobar que su realización se ajusta a lo contratado. En definitiva, el contrato, no sólo ha sido calificado como de servicios sino que reúne las características de un contrato de servicios de los comprendidos en el artículo 10 del TRLCSP y debe regirse, para su adjudicación, por las normas aplicables a este tipo de contratos. En relación con el artículo 18 de la Ley 4/1994 de la Generalitat, no nos encontramos ante el supuesto de concierto con entidades externas, sino ante el de gestión directa del servicio por el Ayuntamiento aunque para ello tenga que recurrir a contratar los servicios o trabajos para los que no disponga de medios propios o suficientes¹.

¹Ha de advertirse que entre la documentación recibida y a partir de la página 49 figura unido y sin solución de continuidad un denominado Pliego de Condiciones Técnico-Económicas de prestación del Servicio Municipal de Recogida y Custodia de Animales de Compañía que excede lo que debe contener un pliego de prescripciones técnicas o no concuerda con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y determina



condiciones o establece obligaciones que, en su caso, deberían figurar en este último. También figura unido, a partir de la página 40 de la certificación, un Anexo IV conteniendo una "Instrucción sobre el Procedimiento y Gestión para la Introducción de Cláusulas Sociales en la Contratación Pública" que regula una obligación de la Administración al elaborar los pliegos pero no tiene relación concreta con el contrato en cuestión ni atañe a los licitadores o adjudicatario.

En segundo lugar, y sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta oportuno abordar en el presente informe si cabe una interpretación compatible con la legislación de contratos de lo dispuesto en el repetido artículo 18 de la Ley 4/1994, en lo que se refiere a la "prioridad" que dicho precepto atribuye a las asociaciones de protección y defensa de los animales en el supuesto de que un Ayuntamiento opte por concertar este servicio con una entidad externa. Es decir, en el supuesto de que se tratara de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto.

El artículo 277 del TRLCSP define el concierto como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos en la que la Administración gestiona indirectamente un servicio de su competencia encomendándose a "una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate". En ese sentido, es evidente que las asociaciones que tengan por objeto la protección y defensa de los animales y demuestren experiencia en servicios de esta índole reúnen el requisito específico establecido en dicho precepto para poder ser adjudicatarios de un concierto para la gestión de un servicio municipal de recogida y custodia de animales de compañía como el que ha sido objeto de consulta por el Ayuntamiento de Paterna. Pues bien, es en esta apreciación donde cabe interpretar actualmente la prioridad a la que se refiere el artículo 18 de la Ley 4/1994 de la Generalitat, sin que ello impida que puedan haber otras entidades que deban ser admitidas a la licitación de un contrato para concertar tal servicio si cumplen los requisitos para ello y vienen realizando prestaciones análogas a las de su objeto.

CONCLUSIONES

La adjudicación de un contrato de servicios por el Ayuntamiento de Paterna para su servicio municipal de recogida y custodia de animales de compañía no constituye un concierto con entidades externas. El concierto es una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, mediante la cual el Ayuntamiento puede gestionar indirectamente dicho servicio de su competencia encomendándose a una persona natural o jurídica que viniera realizando prestaciones análogas. Tanto un tipo de contrato como el otro se rigen por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y han de adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa conforme a los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que reúnan la condiciones de aptitud para su ejecución.



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

ANTECEDENTES

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

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

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

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

(.../...)

c/ De la conservación de instalaciones

(.../...)

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

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

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

(.../...)

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

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



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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

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

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



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

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

En efecto, el inciso o apartado establece

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

CONCLUSIONES

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

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

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



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

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

2.9 INFORME 9/2014 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2014. CONTRATACIÓN DE OBRAS NO INCLUIDAS EN EL PROYECTO VERBALMENTE POR ORDEN DE LA DIRECCIÓN DE OBRA. INEXISTENCIA DE MODIFICACIÓN DE CONTRATO. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. EXCESO DE MEDICIÓN SUPERIOR AL 10%.

ANTECEDENTES

En fecha 2 de octubre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe al amparo del artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“En fecha 19/11/09 se firmó Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Fomento y el Ayuntamiento de Requena para la financiación de las obras de rehabilitación del Antiguo Templo San Nicolás el Magno de Requena (Valencia), finalizándose el mismo una vez se concluyan las obras que se prevé terminen en el 2015 (se adjunta copia del Convenio).

En fecha 07/05/10 el Ayuntamiento, junto con la mercantil Construcciones Diaz Sala S.L. como adjudicataria, suscribió contrato administrativo de obras de rehabilitación del Templo San Nicolás el Magno de Requena (Valencia) – se adjunta copia del contrato.

En fecha 13/06/13, por acuerdo plenario y, una vez obtenido el Dictamen favorable del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, se acuerda resolver el contrato de obras de rehabilitación del Antiguo Templo San Nicolás el Magno de Requena (Valencia), por causa imputable a la empresa adjudicataria Construcciones Diaz Salas, sobre la base de existencia de demora de plazo de ejecución de contrato, dado que se ha justificado fehacientemente en el expediente, el abandono de la obra por parte del contratista desde el mes de julio de 2012, habiéndose seguido el procedimiento establecido en el art. 195 de la LCSP (actualmente art. 211 del TRLCSP) – se adjunta copia de acuerdo plenario-. En el mismo pleno se acuerda aprobar una liquidación final de la obra de 357.873,19 euros a favor del Ayuntamiento, requiriendo al contratista para que se proceda a la entrega de llaves y que asista a levantar una acta en que se refleje el estado de las obras ejecutadas por él, sin que el mismo acuda a dicho acto, alegando que se le había notificado con poco tiempo y que el representante de la empresa en esa fecha se encuentra fuera del país.

En el mes de junio de 2013, el Ayuntamiento recibe escrito del Ministerio dándole un plazo improrrogable para justificar la inversión correspondiente a las anualidades 2012-2013 el 15/09/13 (se adjunta copia del oficio), por lo que, por este motivo y ante el informe del Director Facultativo que señalaba que podría haber cierto peligro en el estado del edificio, al haber estado la obra abandonada tanto tiempo, se adjudicó, por procedimiento negociado sin publicidad sobre la base de



lo dispuesto en el art. 170, e del TRLCSP, la continuación de la obra que quedaba por realizar a la empresa Trycsa (se adjunta copia del informe de la Vicesecretaria de 10/06/13 y del Técnico Director de las Obras).

En fecha 22/07/13 el Ayuntamiento junto con la mercantil Trycsa como adjudicataria, suscribió contrato administrativo de continuación de las obras de rehabilitación del Templo San Nicolás el Magno de Requena (Valencia) - se adjunta copia del contrato-, suscribiendo el técnico director de obras el acta de comprobación de replanteo de las obras en esa misma fecha -se adjunta copia del acta-.

Como consecuencia de expediente iniciado para cuantificar la indemnización de daños y perjuicios y, del informe emitido por el Director de las obras calculando la indemnización, por acuerdo plenario de 14.11.13, se acordó la aprobación de una indemnización a favor del Ayuntamiento, por daños y perjuicios, de 192.793,58 €, exonerando a la empresa Construcciones Díaz Salas S.L del resto de cantidad reclamada inicialmente, a la vez que el Ayuntamiento se reserva el derecho a exigir indemnizaciones adicionales por vicios ocultos -se adjunta copia del acuerdo plenario y del informe del Director de las obras de 31.10.13-. En dicho informe el técnico director señala que "reanudadas las obras y **realizadas las reparaciones por la nueva empresa adjudicataria**, la Dirección facultativa ha obtenido el importe de la indemnización de daños y perjuicios (192.793,58€) como resultado de la medición de las partidas ejecutadas para devolver las obras a la situación anterior a su abandono aplicando los precios del proyecto. Por parte de la Vicesecretaría se observa que estas obras no vienen amparadas por expediente de modificación de contrato, ni por un nuevo expediente de contratación de obras, ya que, la comunicación que realiza el técnico director es posterior a la realización de las mismas, por lo que, en estos momentos actuales, considera que el técnico director debería aclarar, de una vez por todas, si esta cantidad debe incluirse, bien, en las certificaciones de la obra (lo que conllevaría a disminuir otras partidas del proyecto), o bien figurar como un gasto fuera del proyecto (cuyo pago debería reflejarse en un reconocimiento extrajudicial de créditos en el que seguramente figuraría un reparo de la Intervención de Fondos al no haberse amparado en expediente alguno de contratación, únicamente, en el expediente de reclamación indemnización de daños y perjuicios -se adjunta copia del informe de la Vicesecretaría-), o bien, que se diga si puede ser tratarse de un supuesto de exceso de mediciones, que permita llevar a la liquidación las variaciones en el proyecto de unidades ejecutadas sobre las proyectadas con el límite del 10 %; es decir, viene a significar la diferencia entre lo ejecutado y el presupuesto aprobado (el presupuesto del proyecto de obras que ha servido de base para la aprobación del gasto y posteriormente para la determinación del precio del contrato, proyecto que es el mismo que sirvió de base para la primera adjudicación), o bien, que la cantidad ofrecida por la segunda adjudicataria como mejora, que señalaba que serviría para aquellas mejoras que el técnico director considerase en la obra, se destinen a ello.

Por Tesorería se informa que las dos fianzas depositadas en su día por el primer adjudicatario de las obras ya se han incautado, ascendiendo el importe total ingresado en la Tesorería de 134.774,14 €, desglosado en dos fianzas de 91.943,70 € y, 42.830,44 €, debiendo la diferencia no cubierta por las dos fianzas y que asciende a 58.019,44 €, reclamarse en la vía judicial correspondiente.

Por Intervención de Fondos se informa que lo ingresado por incautación de fianzas, conforme a lo dispuesto en el art. 12.5 de la LO 2/12, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LEPSF) debe destinarse a **reducir el nivel de deuda pública** al no encontrarse en ninguno de los supuestos recogidos en el art. 43 del RD 500/90, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo I del Título VI de la Ley 39/88, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. No obstante lo dicho por la Intervención de Fondos, el art. 100 del RDL 3/11, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en



adelante TRLCSP), señala que, la garantía responde de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, por lo que se puede entender que, lo dicho por el RD 500/90, de 20 de abril, por el que se desarrolla el Capítulo I del Título VI de la Ley 39/88, ha quedado derogado por contradecir a normativa posterior como es el TRLCSP.

Según el informe de la Intervención Municipal se deduce que al no poder destinar la cantidad incautada a sufragar costes en las obras de rehabilitación del Templo de San Nicolás, el Ayuntamiento deberá habilitar crédito para costear las mismas, con el grave quebranto que ello supondría a las arcas municipales - se adjunta Informe de Intervención-.

En fechas pasadas, por el técnico Director de las obras se informa verbalmente que ha habido daños en la cúpula (al parecer, según su opinión imputables al primer adjudicatario) que han sido arreglados por la segunda adjudicataria, sin que tampoco exista expediente que dé cobertura a la realización de dichas obras, por lo que, el Ayuntamiento, el 01.08.14, pide al Director Facultativo de las obras explicaciones al respecto (se adjunta copia del escrito de 29 de julio de 2014), encontrándonos en el mismo supuesto que las obras realizadas en concepto de reparación de daños. A fecha de remisión de esta consulta el técnico director de las obras no he remitido informe al respecto.

Por otra parte, el técnico director ha planteado presentar al Ayuntamiento un exceso de medición de la obra del 10% o incluso superior a ese 10%, entendiendo dicho técnico que el exceso de medición debe referirse al importe del contrato de la primera adjudicataria (Construcciones Díaz Salas S.L.) y, no del segundo contrato, señalando la Vicesecretaría que el exceso de medición debe referirse al importe del segundo contrato, puesto que con el primer adjudicatario ya hubo una liquidación efectuada por la administración (aunque el contratista no estuviese de acuerdo) y. no se trata de una cesión de contrato.

Por todo lo expuesto, se solicita consulta a la Junta Consultiva de Contratación respecto a las siguientes cuestiones:

1. En relación al pago de las obras ejecutadas por la segunda empresa adjudicataria TRYCSA, consistentes en las reparaciones que, a juicio de la Dirección Facultativa, eran necesarias para la reanudación de las obras contempladas en el proyecto:

- ¿el importe de las fianzas incautadas puede destinarse al pago de las reparaciones efectuadas por la segunda empresa adjudicataria, ya que, pese lo dispuesto en el RD 500/90, el art. 100 del TRLCSP señala que la garantía responde de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento?.

- En el caso de que no sea posible la opción anterior, ¿se debería pagar a la segunda adjudicataria de las obras el importe de esas reparaciones mediante reconocimiento extrajudicial de créditos sobre la base del acuerdo plenario que aprobó la indemnización de daños y perjuicios en 192.793,58 €, sin haberse realizado expediente de modificación de contrato o nueva contratación para realizar dichas obras?



2. Lo mismo que se plantea en el punto anterior, serviría para los daños observados en la cúpula y que el técnico director de las obras ha informado verbalmente que han sido reparados por la segunda adjudicataria. si bien no podrían considerarse daños y perjuicios sino vicios ocultos.

3. Ante la próxima finalización de las obras y en relación a la elaboración de la certificación final, el TRLCSP establece en su articulado que 'podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato'. ¿Cual sería en este caso el precio primitivo del contrato, el presupuesto total de la obra (suma del contrato adjudicado a la primera empresa y del adjudicado a la segunda empresa) o sólo el presupuesto de la obra adjudicada a la segunda empresa ?.

A su vez, ¿es conforme a la legalidad presentar un exceso de medición superior al 10% del precio del contrato?''.

El escrito anterior se acompaña de copia de los siguientes documentos relacionados por orden cronológico inverso: informe-propuesta de 24 de septiembre de 2014, de la Vicesecretaria del Ayuntamiento relativo a la consulta; escrito de 29 de julio de 2014, del Alcalde recabando informe a la dirección facultativa de las obras; el informe de 1 de julio de 2014, de la Interventora del Ayuntamiento, citado en el escrito de la consulta; certificación del acuerdo plenario de 14 de noviembre de 2013 e informe del director de las obras valorando el importe de la indemnización por daños y perjuicios causados al Ayuntamiento por el primer contratista; el contrato administrativo suscrito con la empresa TRYCSA para las obras que restan por ejecutar; certificación del acuerdo plenario de 11/07/2013 por el que se desestiman las pretensiones de la primera empresa; escrito de 26 de junio de 2013 del Alcalde accidental dirigido al Ministerio de Fomento solicitando prórroga para ejecutar las obras; escrito de 18 de junio de 2013 del Subdirector General de Arquitectura y Edificación del Ministerio de Fomento, concediendo ampliación del plazo para justificar las obras hasta el 15 de septiembre de 2013; certificación del acuerdo plenario de 13/06/2013 por el que se resuelve el contrato suscrito con la primera empresa; informe de la Vicesecretaria de 10 de junio de 2013, relativo a las medidas a adoptar para contratar la continuación de las obras con otra empresa; Acta de 7 de junio de 2010 de comprobación del replanteo e inicio de las obras por la primera empresa contratada para ello, y Convenio de 19 de noviembre de 2009 de Colaboración entre el Ministerio de Fomento y el Ayuntamiento de Requena, para la financiación de las obras de rehabilitación del templo de San Nicolás Magno de Requena, objeto de la consulta.

Aunque no son necesarios para responder a las cuestiones planteadas, no se adjuntan, pese a indicarlo así el escrito de la consulta, ni la copia del contrato suscrito con la primera empresa (Construcciones Díaz Sala SL) ni la copia del acta de 22/07/2013 de comprobación del replanteo con la segunda empresa (TRYCSA).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La primera cuestión planteada por el Ayuntamiento en su amplia consulta sólo guarda una relación tangencial con la contratación administrativa y no se encuentra regulada en la legislación de contratos del sector público. El artículo 100 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) se limita a concretar qué conceptos ampara la garantía constituida por el contratista para responder de las obligaciones derivadas del contrato y por los que, en consecuencia, podrá procederse a incautarla o hacerla efectiva. Sin embargo, la aplicación



presupuestaria o la contabilización del importe incautado no es una cuestión que pertenezca al ámbito de competencia de esta Junta y basta decir que el órgano de la Intervención que emite el informe remitido por el Ayuntamiento debería haber informado igualmente de cuáles son las vías para resolver el problema de financiación de unas obras que, como se desprende de la consulta efectuada, se encuentran ya realizadas y, al parecer, con el consentimiento o cuando menos con la aquiescencia de los órganos del Ayuntamiento. La generación de créditos descrita en el artículo 43 del Real Decreto 500/1990, por el que se desarrolla la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, no es la única forma posible de modificar el presupuesto vigente máxime si existe la imperiosa necesidad de efectuar obras o reparaciones que no pueden demorarse hasta el ejercicio siguiente y para las que no existe crédito o es insuficiente el consignado en el ejercicio en curso. Y por otra parte, tenemos serias dudas de que la incautación de toda o parte de la garantía pueda considerarse mayores ingresos sobre los previstos, ya que no puede incautarse un importe superior al de la constituida, es un derecho cuyo posible reconocimiento existe desde su constitución y pudo consignarse en el correspondiente capítulo del presupuesto de ingresos.

Respecto a las restantes cuestiones planteadas por el Ayuntamiento en su consulta resulta imprescindible analizarlas separadamente aunque sin olvidar que se han dado en un contexto ciertamente desafortunado al producirse la resolución del contrato inicial para ejecutar las obras por causas imputables al contratista y, al mismo tiempo, darse la circunstancia de que la ejecución de dichas obras era perentoria por el mal estado del inmueble objeto de la intervención y, además, encontrarse condicionada por los plazos establecidos en el Convenio suscrito con el Ministerio de Fomento para su financiación y realización. Ello podía efectivamente justificar la adjudicación de la continuación de la obra a la segunda empresa –Trycsa-- por procedimiento negociado y en base a lo dispuesto en el artículo 170-e) del TRLCSP, que lo permite cuando existen motivos de imperiosa urgencia, pero sólo en el supuesto de que ésta resulte de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación.

Lo que ya resulta más difícil de entender es por qué fuera de dicha contratación para la continuación de las obras que restaban por ejecutar, formalizada el 22 de julio de 2013 con la citada empresa Trycsa por un importe que asciende a 1.819.249,62 €, y después de su reanudación, se han encomendado a esta empresa otras reparaciones para “devolver las obras a la situación anterior a su abandono” no amparadas por adjudicación ni expediente alguno aprobados por el órgano de contratación, según se desprende de la propia consulta y del informe de 31 de octubre de 2013 del director de la obra, por el que evalúa el importe de la indemnización por daños y perjuicios que debe reclamarse a la primera empresa, haciéndolo coincidir con el importe en que valora dichas reparaciones ejecutadas por Trycsa sin que, insistimos, haya mediado aprobación de las mismas por el órgano de contratación.

Si la contratación de estas reparaciones para devolver las obras a la situación anterior a su abandono se ha efectuado de forma verbal sin que mediara declaración de emergencia, o se ha efectuado por órgano o persona que carece de competencia para ello y/o careciendo de crédito suficiente en el Presupuesto de la Corporación, entonces, hay que advertir que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del TRLCSP, tal contratación se encuentra incurso en una o varias causas de nulidad, independientemente de que su importe sirva o no de base para la reclamación de daños y perjuicios a la primera empresa cuyo contrato se resolvió, siendo por tanto procedente la revisión de oficio de dicho acto tal como prevé el artículo 34 del TRLCSP.

En el supuesto anterior, los efectos de la declaración de nulidad que en todo caso debería adoptarse previamente y de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se encuentran establecidos en el artículo 35.1 del TRLCSP, a tenor del cual debe practicarse la



liquidación del contrato de las obras adjudicadas irregularmente “debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”. En consecuencia, salvo que aprecie otras circunstancias que pudieran exonerarle, el Ayuntamiento, una vez aprobada su liquidación, deberá restituir el enriquecimiento obtenido por las reparaciones que haya efectuado Trycsa siguiendo las indicaciones del director de la obra y, efectivamente, tal como apunta la primera cuestión planteada en el escrito de la consulta, para ello procedería un reconocimiento extrajudicial de créditos para su abono a la empresa.

La jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que si se ejecutan unidades de obra con el conocimiento y el consentimiento de la Administración y en su beneficio, ha de reconocerse a la empresa contratista que las realizó el derecho a su abono, puesto que el exceso en la ejecución de las obras, efectivamente realizado para la Administración, de acuerdo con las instrucciones u órdenes impartidas por la dirección facultativa de la obra designada por la propia Administración, produce para ésta un enriquecimiento injusto que correlativamente comporta para ella la obligación de pagar el coste de dichas obras.

Como muestra de lo expuesto, valga la Sentencia de 15/12/2011 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (TS), dictada en un recurso de casación (rec 4643/2008) y confirmatoria de otra sentencia, de 1 de julio de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que el tribunal (TS) manifiesta lo siguiente:

“Como se aprecia en la sentencia recurrida, deben tenerse en cuenta, como ciertamente significativos, los siguientes extremos:

1º) Se ejecutaron unidades de obra dispuestas por la Administración contratante y se realizaron además con el conocimiento y el consentimiento de la Administración y si fueron realizadas, asimismo, en su beneficio, ha de reconocerse a la empresa que las realizó el derecho a su abono conforme a reiterada doctrina de esta Sala, que cita expresamente la propia sentencia impugnada.

2º) El exceso en la ejecución de las obras, efectivamente realizado y entregado a la Administración, como consecuencia de actos de la propia Administración o de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento para la misma Administración y un consiguiente empobrecimiento para la empresa contratista, que impone a aquella Administración Pública la obligación de pagar el coste de dichas obras, en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto, aplicable a los contratos administrativos como corrección al principio de su inalterabilidad.”

Lo mismo sucede en el caso de la segunda cuestión planteada por la consulta del Ayuntamiento y que se refiere a otra reparación de daños, al parecer también fuera del proyecto adjudicado, en este caso producidos en la cúpula del inmueble objeto de restauración y de los cuales se afirma que el director de las obras “ha informado verbalmente que han sido reparados por la segunda adjudicataria, si bien no podrían considerarse daños y perjuicios sino vicios ocultos”. En este supuesto, independientemente de que sean o no vicios ocultos de la obra ejecutada por el primer contratista, nos encontramos también con los mismo vicios de nulidad en la adjudicación al segundo contratista advertidos anteriormente y debemos concluir de la misma forma, presuponiendo que las obras han sido ordenadas o consentidas por la dirección de las obras como en el caso anterior y que se han ejecutado bajo el principio de buena fe y confianza legítima.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 171 del TRLCSP, si se tratase de obras complementarias que no figuran en el proyecto ni en el contrato de la obra principal, podría haberse adjudicado al contratista su ejecución si debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por el



Ayuntamiento han pasado a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y con el límite de que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe del contrato.

Por último, la tercera cuestión planteada por el Ayuntamiento contiene a su vez dos cuestiones diferentes: en relación con el contrato con la segunda adjudicataria para la continuación de las obras interrumpidas, se pregunta, por una parte, qué presupuesto, si el del proyecto inicial o el del contrato, ha de servir de base en este caso para determinar el límite del 10% que establece el artículo 234 del TRLCSP a las variaciones que puede acordar el director facultativo de una obra sin necesidad de previa aprobación, y, por otra, qué consideración legal tiene presentar un exceso de medición superior al 10% del precio del contrato, entendemos que en la certificación final de obra.

Respecto de la primera pregunta planteada, hemos de informar que el límite del 10% viene referido al presupuesto del contrato suscrito con Trycsa. El precepto de la ley citado regula las modificaciones del contrato de obras suscrito con el contratista y de ningún modo puede entenderse que sus condiciones puedan venir referidas a prestaciones no comprendidas en el contrato o, como es el caso, a obras ejecutadas por otro contratista en una fase anterior aunque sean en el mismo inmueble y con la misma o análoga finalidad. Igualmente, el significado del término proyecto en el artículo 234 del TRICSP debe entenderse referido a las unidades de obra cuya ejecución viene comprendida en el objeto del contrato suscrito con la empresa Trycsa para la continuación de las obras interrumpidas por el primer contratista y no al proyecto inicial contratado a este último.

En cuanto a la posibilidad de “presentar un exceso de medición superior al 10% del precio del contrato”, a través de la certificación final de obra y sin mediar modificación del contrato, hemos de advertir que no sería conforme a derecho por ser contraria a lo dispuesto en el TRLCSP y nos encontraríamos ante una situación análoga a la originada por las obras realizadas irregularmente. La modificación del contrato sólo es posible en los supuestos previstos en los artículos 105 y 106 del TRLCSP, cuando estén previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, y, cuando no lo estén, cuando concurren las circunstancias establecidas en el artículo 107. El procedimiento que deberá seguirse cuando el director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto está establecido en los artículos 108 y 234.3 del TRLCSP y si la modificación supone la introducción de unidades no previstas en aquél se estará a lo dispuesto en el artículo 234.2.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La adjudicación de obras verbalmente o careciendo de crédito suficiente sin que medie declaración de emergencia, o por órgano sin competencia para ello, adolece de vicios de nulidad para cuya declaración y efectos debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

SEGUNDA.- Si se contrataron obras en las condiciones expresadas en la conclusión anterior pero con conocimiento y consentimiento de la Administración, y en su propio beneficio, los efectos de la declaración de nulidad se encuentran establecidos en el artículo 35.1 del TRLCSP, a tenor del cual debe practicarse la liquidación del contrato de las obras efectuadas y restituirse el enriquecimiento



obtenido mediante el abono de su valor a la empresa contratista que las ejecutó, previo reconocimiento extrajudicial de créditos si fuese necesario.

TERCERA.- El límite del 10% que establece el art. 234 del TRLCSP viene referido al contrato suscrito con la segunda adjudicataria, asimismo el significado del término proyecto en el artículo 234 del TRLCSP debe entenderse referido a las unidades de obra cuya ejecución viene comprendida en el objeto del contrato suscrito con la empresa Trycsa para la continuación de las obras interrumpidas por el primer contratista y no al proyecto inicial contratado a este último.

CUARTA.- En cuanto a la posibilidad de “presentar un exceso de medición superior al 10% del precio del contrato”, a través de la certificación final de obra y sin mediar modificación del contrato, hemos de advertir que no sería conforme a derecho por ser contraria a lo dispuesto en el TRLCSP y nos encontraríamos ante una situación análoga a la originada por las obras realizadas irregularmente.

2.10 INFORME 10/2014 DE 17 DE FEBRERO DE 2015. DURACIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CÁLCULO DEL VALOR ESTIMADO DE LOS CONTRATOS. CONTRATOS DE ESPECTÁCULOS. CONTRATOS CON ASOCIACIONES CULTURALES Y ONGs. CONTRATOS CON MEDIOS DE COMUNICACIÓN. CONTRATOS MIXTOS. CONTRATOS FINANCIADOS CON SUBVENCIONES.

ANTECEDENTES

En fecha 10 de octubre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Torrevieja al amparo del artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal

“El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torrevieja formula, ante la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat como órgano consultivo y asesor en materia de contratación, el siguiente escrito de consulta sobre los siguientes extremos para que sea emitido informe:

CONSULTA N°1. SOBRE LA DURACIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, modificado por la Ley 14/2013, en adelante TRLCSP, en su Artículo 303 es del siguiente tenor literal:

"Artículo 303. Duración

1. Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado



originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.

Desde el departamento de Contratación de este Ayuntamiento se interpreta que todos los contratos de prestación de servicios y suministros deben tener como mínimo una duración de cuatro años y un máximo de seis incluidas las prórrogas.

a) ¿Es esta interpretación correcta o dicho artículo lo que indica es un máximo pero no un mínimo de duración del contrato? Por ejemplo, los contratos que se realizan para la Cabalgata de Reyes, o para la Escuela de Verano para facilitar la conciliación familiar, o los fuegos artificiales en diferentes festividades, ..., en este ayuntamiento, se han realizado hasta ahora una vez al año y por el tiempo que dura la actividad en ese año, y desde el departamento de Contratación se indica que debe hacerse como mínimo por cuatro años, cada uno de ellos, dado que considera que se está incurriendo en periodicidad y fraccionamiento.

CONSULTA N°2. CÁLCULO DEL VALOR ESTIMADO DE LOS CONTRATOS.

Para estipular el valor de un contrato, con arreglo al artículo 88 del R. D. L. 3/2011 de 14 de noviembre de 2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 88. Cálculo del valor estimado de los contratos.

1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato."

a) Si la retribución del contrato consiste en el abono de la totalidad de las entradas vendidas de un espectáculo, dado que el Ayuntamiento no tiene que pagar ningún importe: ¿El abono de las entradas vendidas se considera precio del contrato?

CONSULTA N°3. CONTRATOS DE ESPECTÁCULOS.

Hay espectáculos que se contratan "a taquilla", teniendo como contraprestación al servicio ofertado el abono de la totalidad de las entradas vendidas del citado evento, sin ninguna contraprestación económica para el Ayuntamiento:

a) ¿Se supone un gasto presupuestario y, por ello, debe ser fiscalizado por Intervención?



b) Al no haber retención económica a cargo de los presupuestos del Ayuntamiento ¿Se les debe retener fianza como garantía?

c) Al no haber retención económica a cargo de los presupuestos del Ayuntamiento ¿Se les debe aplicar el artículo 170.d) del TRLCSP? que es del siguiente tenor literal.

"Artículo 170. Supuestos generales.

En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento

negociado en los siguientes casos:

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado. "

CONSULTA N°4. CONTRATOS CON ASOCIACIONES CULTURALES Y ONGs.

Hay asociaciones culturales y ONGs de la ciudad que organizan diversos espectáculos a lo largo del año, espectáculos que de un año para otro varían sensiblemente.

a) ¿Se les debe aplicar el artículo 88 del R. D. L. 3/2011 de 14 de noviembre de 2011 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para no infringir lo dispuesto en el art. 88.5.b) ? que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 88. Cálculo del valor estimado de los contratos.

1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

5. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses. La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan."

CONSULTA N°5. INSTITUTO DE CULTURA JOAQUÍN CHAPAPRIETA



En el Ayuntamiento de Torre Vieja existe el Instituto de Cultura Joaquin Chapaprieta, el cual tiene presupuesto propio.

Las Programaciones del Instituto de Cultura Joaquin Chapaprieta se realizan de forma trimestral y son aprobadas por su Junta Rectora.

Desde el departamento de Contratación del Ayuntamiento se indica que la contratación de una misma actividad cultural, (actuaciones artísticas, conciertos,...), en diferentes años supone incurrir en fraccionamiento y periodicidad.

a)¿Cómo se pueden prever las actividades culturales futuras si la programación cultural del Instituto de Cultura se aprueba por su Junta rectora Trimestralmente?

b) ¿Se incurre en fraccionamiento y periodicidad, teniendo en cuenta que la Junta rectora del Instituto de Cultura Joaquin Chapaprieta aprueba su programación trimestralmente, si en el año 2013 se contrata la actuación de una orquesta para una actuación y en el año 2014 se vuelve a contratar a la misma orquesta para otra actuación diferente?

CONSULTA N°6.

Desde el Ayuntamiento se realizan contratos con medios de comunicación para promocionar en diferentes fechas y actividades nuestra ciudad.

a)¿Puede considerarse que existe fraccionamiento y periodicidad si se realizan de manera esporádica con diferentes medios de comunicación y corresponden a promociones publicitarias autónomas?

CONSULTA N°7. LOS CONTRATOS MIXTOS. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRLCSP E INTERPRETACIÓN CONFORME A LA DIRECTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 31 DE MARZO DE 2004.

En el Ayuntamiento de Torre Vieja se está preparando el pliego Técnico para la "RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA". La remuneración al adjudicatario será en función de las toneladas recogidas. Se fija en dicho pliego técnico el mínimo de personal para prestar el servicio, y también un máximo de toneladas por las que se pagarla, a partir de ese máximo la empresa adjudicataria asume la diferencia.

a) Se puede considerar la naturaleza jurídica de dicho contrato como un contrato de gestión de servicios también llamado concesión?

En el Ayuntamiento de Torre Vieja se está preparando el pliego Técnico para la "CONTRATACIÓN LIMPIEZA VIARIA Y LIMPIEZA DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA". Del Pliego de



Prescripciones Técnicas se desprende, a criterio del departamento de Contratación, que la naturaleza jurídica es la de prestación de servicios.

En el caso de unificar ambos contratos en " RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO, LIMPIEZA VIARIA Y DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA", la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos, en cuanto a su adjudicación, la realiza el artículo 12 TRLCSP, al disponer que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Pero a su vez, la jurisprudencia del TJUE mantiene, conforme Directiva 2004/18/CE, ha de estarse al «objeto principal» del contrato, para determinar el régimen jurídico de su adjudicación.

a) El artículo 12 del TRLCSP, ¿debe ser interpretado o «reinterpretado», y aplicado, a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de las pautas jurisprudenciales del TJUE; en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional?

b) En caso afirmativo a la pregunta anterior ¿Pueden unificarse ambos servicios en un único contrato de gestión de servicios, a pesar de que el importe del contrato de "LIMPIEZA VIARIA Y LIMPIEZA DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA sea mayor que el de

"RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO"?

CONSULTA N°8 [POR ERROR FIGURA COMO 7]. CONTRATOS FINANCIADOS CON SUBVENCIONES.

El Ayuntamiento de Torrevejea está prestando el servicio para la Prevención Comunitaria de Conductas Adictivas desde hace varios años. Esta prestación se realiza con una subvención de la Conselleria que financia el 100%. Dicha subvención se convoca con carácter anual y con duración de la misma anual. El técnico considera que existe periodicidad al realizar cada año un contrato para la prestación de este servicio, coincidiendo con la concesión de la subvención a este ayuntamiento, por lo que propone que se realice un procedimiento de contratación abierto. El cual tiene más duración que la subvención concedida.

a) ¿Se puede realizar un contrato administrativo, que se realiza en base a la concesión de una subvención, por un periodo superior al que indica la subvención?

b) ¿Se puede considerar que existe periodicidad como indica la técnico para no infringir lo dispuesto en el art. 88 del R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre?

En Torrevejea a 8 de octubre de 2014

Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torrevejea"



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer término, hemos de indicar que no es función de esta Junta ni objeto de sus informes resolver posibles discrepancias entre unidades administrativas o servicios de las entidades públicas que pueden formular consultas. Asimismo, tampoco es misión de esta Junta aconsejar sobre la programación, necesidad, idoneidad de los contratos que celebre cualquier Administración o ente del sector público. Ello no obstante, dado que las múltiples cuestiones formuladas por el Ayuntamiento en su consulta se refieren también a aspectos de la contratación cuya interpretación conforme a la legislación de contratos del Sector Público sí tiene interés general para los gestores y órganos de contratación, el presente informe atenderá a aquellos que son competencia de esta Junta como órgano consultivo en esta materia sin entrar en otros que la exceden.

1.- Sobre la duración de un contrato de servicios.

Los contratos de servicios tiene una duración determinada fijada por el órgano de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas. La duración del contrato estará en función de las necesidades para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Así lo dispone el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre (TRLCSP en adelante).

En el caso de los contratos de servicios, su duración no podrá superar inicialmente los 4 años, pudiéndose prever su prórroga por un plazo que no supere el inicial y sin que exceda de seis años el inicial más las prórrogas, todo ello de conformidad con el art. 303 del TRLCSP, con la salvedad de los servicios de defensa jurídica y judicial de la Administración. Evidentemente, el precepto establece límites máximos, no mínimos. Respetando esos límites máximos, el órgano de contratación ha de estar a lo previsto en el art. 23 del citado texto legal que indica que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

Las actividades que menciona el Ayuntamiento consultante son, al menos en parte, actividades correspondientes a la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, y tienen la consideración de contratos privados, si bien hasta su adjudicación se rigen por la normativa sobre contratación pública.

Estima esta Junta que tales actividades y los contratos que se precisen pueden ser objeto de programación anual y su duración podrá comprender el período de la concreta ejecución de las prestaciones que constituyan su objeto, que podrá ser coincidente con la duración de las actividades a realizar. Ahora bien, en su contratación deberán seguirse los principios básicos de la contratación pública enumerados en el art. 1 del TRLCSP, así como de las normas aplicables en función del procedimiento de adjudicación que resulte procedente por su importe y características.



La duración de un contrato no es referencia que sirva de base, por sí sola, para considerar que ha habido un fraccionamiento indebido de su objeto por el simple hecho de que la necesidad que origina la contratación se repita anual o periódicamente. El art. 86 del TRLCSP establece claramente que el fraccionamiento tendrá lugar cuando el objeto del contrato, que debe ser determinado, se fraccione para eludir la cuantía del mismo y evitar la publicidad. No parece que la celebración anual y por el periodo que tenga lugar la prestación de los contratos de servicios indicados tenga relación alguna con el fraccionamiento del objeto del contrato, siempre y cuando en su adjudicación se hayan seguido en función de su cuantía los procedimientos regulados en el TRLCSP para su adjudicación y, por ende, se hayan respetado los principios básicos de la contratación.

En otro orden de cosas hay que indicar que en el texto de la consulta parece relacionarse la duración de los contratos de suministros con los contratos de servicios. Nada más lejos de la regulación legal que el art. 303 se aplique a los contratos de suministros. Estos contratos, salvo en el caso de los Acuerdos marco y su contratación derivada y del procedimiento negociado sin publicidad para los supuestos de la letra c del art. 173 del TRLCSP, no tienen prevista una duración determinada. Ello deviene porque en la inmensa mayoría de los casos, los contratos de suministro son contratos de resultado que se perfeccionan con la entrega del bien. En los contratos de tracto sucesivo, en cuanto a su duración habrá que estarse a lo dispuesto en el mencionado art. 23 del TRLCSP.

2.- Cálculo del valor estimado de los contratos.

Dos observaciones del tenor literal de la consulta. La primera es que no debe olvidarse que, en el cálculo del valor estimado de los contratos, ha de tenerse en cuenta el importe de las modificaciones previstas. Así el artículo 88.1 del TRLCSP, en su tercer párrafo, indica: "En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas."

En segundo término, no se debe confundir el valor estimado del contrato con el precio, ni mucho menos confundir precio del contrato con el posible canon o participación en ingresos que pueda percibir el Ayuntamiento. Tal y como se desprende del artículo 87 del TRLCSP, el precio del contrato es la retribución que percibirá el contratista, siendo indiferente que su pago provenga de la propia entidad contratante o de terceros en virtud de los derechos que el contrato otorga al contratista, como sucede en el caso objeto de consulta relativo a espectáculos, que vinculan el precio en función de los ingresos de taquilla, o como sucede también en los tipos concesionales en los que la retribución al concesionario se encuentra en función de tarifas a pagar por los usuarios. Es muy importante tener en cuenta este aspecto del precio y evitar también que se consigne como precio del contrato los posibles ingresos de la entidad, por cesión de espacios u otros "cánones".

Asimismo, debe distinguirse el precio del contrato del presupuesto de licitación, únicamente regulado, este último, en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en lo que no se oponga al TRLCSP, para el contrato de obras. En síntesis y partiendo de la base del concepto, podríamos decir que el presupuesto de licitación es el máximo importe total del contrato, sin incluir el impuesto del valor añadido, por las prestaciones y el plazo de ejecución inicialmente previstos. No



forma parte del presupuesto de licitación las posibles prórrogas ni el importe de las, asimismo posibles, modificaciones.

En el supuesto sometido a consulta, sería necesario hacer el cálculo del presupuesto de licitación estimativamente y podrían tomarse en consideración aspectos como el precio de entrada, las sesiones diarias de espectáculo y el aforo del local. Estaríamos ante un presupuesto orientativo útil a efectos de determinar sus requisitos de publicidad y de procedimiento, pues el verdadero precio del contrato, la retribución al contratista, se sabría al finalizar el plazo de ejecución. Por ese mismo motivo y sin perjuicio de ello, puede darse, también, que la selección de la oferta económicamente más ventajosa deba tener en cuenta, más que su cuantía, la forma en la que ese precio se determinará y, en su caso, el canon a percibir por el Ayuntamiento o su participación en los ingresos de taquilla que genere la actividad.

3.- Contratos de espectáculos

El artículo 109 del TRLCSP establece que al expediente de contratación deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

En este punto queremos hacer una observación que creemos necesaria y es la relativa a la forma de satisfacer al contratista el precio del contrato. Será el pliego de cláusulas administrativas el que fijará estos extremos y pueden darse al menos dos supuestos. El primero en el que se encomiende al propio contratista la recaudación de los ingresos de taquilla o vinculados a la actividad y pagados por terceros. En estos casos el Ayuntamiento se reservaría la facultad de control, que se ejercitaría en la forma establecida en el citado pliego. Otra opción vendría determinada porque el importe de lo recaudado en taquilla se ingresará por el Ayuntamiento y éste librará al contratista el pago del precio en la forma establecida.

En cualquier caso es necesaria la regulación en los pliegos de la forma de determinar y proceder al pago de la retribución al contratista, siendo posible que. Según la forma de pago del precio, no se originen operaciones de carácter presupuestario a efectos de fiscalización.

Respecto de la constitución de garantía, no distingue el Ayuntamiento consultante y debemos entender que se trata de la definitiva. El hecho de que la retribución al contratista provenga de la venta de entradas no es óbice para su constitución ya que la garantía definitiva tiene como finalidad, de conformidad con el art. 100 del TRLCSP, responder de los conceptos siguientes:

a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.

b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.



c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.

En consecuencia, puede establecerse la obligatoriedad de constituir una garantía definitiva de igual forma que en cualesquiera otros contratos de servicios, sirviendo de base para su fijación el importe de adjudicación o, en su defecto, el presupuesto base de licitación.

En última instancia, cuestiona el Ayuntamiento la necesidad de acudir al procedimiento negociado reseñado en el art 170 d) del TRLCSP que determina el uso de dicho procedimiento por razones técnicas o artísticas o por motivos de exclusividad, de forma que la prestación solo pueda encomendarse a un único contratista. Nada tiene que ver la forma de retribución al contratista con la utilización de un procedimiento en el que la clave del mismo es que solamente un contratista puede satisfacer la prestación, siendo una excepcionalmente a los principios de publicidad y libre concurrencia.

4.- Contratos con Asociaciones Culturales y ONG.

Realmente no se acierta a comprender el objeto de la consulta. Ante todo, hay que indicar que el hecho de la participación de asociaciones culturales u organizaciones no gubernamentales como licitadores en un procedimiento de adjudicación no supone ninguna excepción a la aplicación de los preceptos legales en materia de contratación pública. Respecto al valor estimado de los contratos, se estará -salvo en la contratación menor determinada por su cuantía- a lo previsto en la legislación de contratos y su cálculo se realizará conforme a los criterios previstos para ello, sin que tenga ninguna relevancia el que puedan ser asociaciones culturales u ONG's las personas jurídicas contratadas.

5. Instituto de Cultura 'Joaquín Chapaprieta'.

La consulta formulada en este apartado ha sido ya respondida al tratar el fraccionamiento de los contratos en la consulta número 1:

“Estima esta Junta que tales actividades y los contratos que se precisen pueden ser objeto de programación anual y su duración podrá comprender el período de la concreta ejecución de las prestaciones que constituyan su objeto, que podrá ser coincidente con la duración de las actividades a realizar. Ahora bien, en su contratación deberán seguirse los principios básicos de la contratación pública enumerados en el art. 1 del TRLCSP, así como de las normas aplicables en función del procedimiento de adjudicación que resulte aplicable por su importe y características.

El art. 86 del TRLCSP establece claramente que el fraccionamiento tendrá lugar cuando el objeto del contrato, que debe ser determinado, se fraccione para eludir la cuantía del mismo y evitar la publicidad. No parece que la celebración anual y por el periodo que tenga lugar la prestación de los contratos de servicios indicados tenga relación alguna con el fraccionamiento del objeto del contrato siempre y cuando en su adjudicación se hayan seguido en función de su cuantía los procedimientos regulados en el TRLCSP y, por ende, se hayan respetado los principios básicos de la contratación.



Es todo cuanto esta Junta puede informar en este apartado. Respecto de otras cuestiones excede de las facultades y funciones de este órgano.

6. Contratos con medios de comunicación

Al igual que esta Junta, también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en su Informe 69/08, de 31 de marzo de 2009, indica que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato.

En relación con ello, entiende la citada Junta que el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones), de forma que no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas.

La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

En definitiva, la huida consciente de la aplicación de los principios de la contratación pública es la piedra angular de las actuaciones disconformes con las normas y la legalidad vigente.

Respecto a la programación de los contratos, como indica el TRLCSP, los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

El Ayuntamiento consultante debe cuestionarse si esas actividades con medios de comunicación pueden ser adecuadamente programadas y en base a esta programación, y su presupuesto, acudir al procedimiento de adjudicación legalmente previsto para ello. Debe tenerse en cuenta, además, el particular sistema de precios y ventajas económicas establecido entre agencias de publicidad y medios de comunicación, mediante el cual, tanto unas inserciones publicitarias aisladas como la ejecución de todo un plan de difusión en medios de una campaña, pueden ser menos costosas y suelen serlo si se contratan a través de una agencia en lugar de hacerlo directamente al medio o medios de comunicación.



7. Contrato de concesión de servicios versus contrato de servicios. Los Contratos Mixtos. Régimen Jurídico del TRLCSP e interpretación conforme a la Directiva 2004/18/CE.

Respecto a la primera de las cuestiones que formula la consulta, de sus escuetos términos y sin conocer los pliegos que rigen la contratación, únicamente podemos indicar que esta Junta ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia.

En el Informe 4/2011, de 22 de noviembre, en respuesta a la consulta relativa a la paralización por el Ayuntamiento de Almoradí del procedimiento de adjudicación del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos y de limpieza viaria de dicho municipio, ya destacamos que cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y no deviene de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debíamos afirmar sin vacilaciones que se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia LCSP.

Hay que traer a colación también la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citada en dicho Informe, donde se fijan criterios para la distinción entre contratos públicos de servicios y concesiones. En particular, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09, se indica:

1.- Es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

2.- El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

3.- En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

Por su parte el Informe 4/2012, de 9 de mayo de 2012 indicaba: "Desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Junta ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la imposibilidad legal de utilizar la figura contractual de la concesión en aquellas contrataciones que, por una parte, tienen por objeto prestaciones de servicios definidas en el artículo 10 de la LCSP y comprendidas en su Anexo II y simultáneamente, por otra, las



contraprestaciones a percibir por el contratista no se ajustan, como es el caso que nos ocupa, a lo dispuesto en el artículo 257 del LCSP [actual 281 del TRLCSP] para los contratos de gestión de servicios públicos, el cual establece que tales contraprestaciones incluirán, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio objeto del contrato, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.”

En este sentido, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión indica en su art. 5 que nos encontramos ante una concesión de servicios si se dan las siguientes notas:

- 1.- Que se trate de un contrato a título oneroso.
- 2.- Comprende la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras.
- 3.- La contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.
- 4.- La adjudicación de las concesiones de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En consecuencia, es posible plantearse un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, siempre que se den las notas características anteriores y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281 del TRLCSP, la contraprestación del contratista para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio esté fijada en función de su utilización, como sucede si la retribución se fija por tonelada recogida y se tienen en cuenta todos los rendimientos que pueden derivarse del servicio, incluidos en su caso los del aprovechamiento de los residuos objeto de recogida selectiva.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en esta consulta, relativa a los contratos mixtos, el TRLCSP, en su artículo 12, indica que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. Respecto a las normas que rigen la ejecución de los contratos mixtos hay que remitirse al art. 115 que al regular los pliegos de cláusulas administrativas particulares establece en su apartado 2. que. *“En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”*

La Directiva 2004/18/CE, regula de manera distinta los contratos mixtos a como lo hace el TRLCSP y atiende al mayor valor económico para la prevalencia de las normas del contrato de suministro en el caso de contratos mixtos de servicios y suministros. En cambio, cuando se trata de contratos mixtos de suministros y obra, la Directiva 2004/18/CE aplica la regla del objeto principal del contrato con independencia de la cuantía del importe de la prestación. En este sentido la Directiva 2004/18/CE



contempla expresamente la existencia de contratos mixtos de suministros y obras en el artículo 1.2.c); según este precepto:

«Son “contratos públicos de suministro” los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra. Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un contrato público de suministro.»

En el caso de que el contrato contenga elementos propios de un contrato de obras y elementos propios de otros tipos de contrato la Jurisprudencia comunitaria ha indicado que ha de estarse al objeto principal . Teniendo en cuenta si estas constituyen el objeto principal o son meramente accesorias para calificar o no el contrato como contrato de obras (vid. STJUE de 21 de febrero de 2008 en el Asunto C-412/04, la STJUE de 18 de enero de 2007 en el Asunto C-220/05 y la STJUE de 19 de abril de 1995, en el asunto C-331/92)

La Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en período de transposición, en su art. 3 indica que los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación (obras, servicios o suministros) se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión. Si bien en su art. 2 apartado 8 al referirse a los contratos de suministro dispone que “los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación.”

Por su parte la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, asimismo en periodo de transposición, en su artículo 20. 1 establece que las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.

Por tanto, de todo ello se desprende que, en el caso que nos encontramos, si se tratara de un contrato mixto de gestión de servicios públicos y de servicios, no habiendo criterio aplicable distinto al del TRLCSP, se debería atender a la prestación de mayor importancia económica para determinar el régimen al que deba ajustarse la adjudicación y en cuanto a su ejecución, a lo dispuesto en el citado artículo 115 del TRLCSP.

También hay que tener en cuenta que, en el caso anterior, si se adjudicara como un contrato de servicios que a su vez contiene prestaciones de distintas clases, como son la limpieza viaria y la recogida de residuos, puede efectuarse dividiendo su objeto en lotes homogéneos de forma que se facilite una más eficiente utilización de los recursos públicos al permitir la concurrencia a todos o a solo alguno de los lotes y, en consecuencia, haciendo que, si resulta un único adjudicatario, ello se deba a que ha formulado la oferta más ventajosa a ambos lotes y no a que se ha restringido la libertad de acceso a la licitación exigiendo de entrada que cada licitador tenga que ofertar a la



totalidad del contrato. Respecto a esta cuestión esta Junta ya se pronunció en su Informe 4/2013, de 29 de julio, al que nos remitimos.

8. Contratos financiados con subvenciones

La primera cuestión que debemos plantearnos es la que alude a la periodicidad. Sobre este punto ya hemos indicado que los contratos deben tener la duración que sea necesaria para alcanzar los objetivos pretendidos, sin que quepa plantearse más cuestiones al respecto, salvo aquella que suponga limitar la duración del contrato deliberadamente para extraerlo del sometimiento los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia. El TRLCSP es claro al respecto en su artículo 23: Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

En el caso que se plantea existe una duda que no puede dilucidarse del texto de la consulta del Ayuntamiento de Torreveja y es si la duración anual a la que alude es para la realización de actividades en dicho plazo. No obstante, entendemos que el Ayuntamiento podrá hacer un contrato por periodo superior a un año, pero con cargo a la subvención concedida podrá justificar la existencia de crédito adecuado y suficiente para el primer año y, respecto de los siguientes años de vigencia del contrato, habría que establecer el sometimiento del contrato a una condición suspensiva cual es la de obtención de la subvención, siendo que los contratos no pueden ser sometidos a una condición de esta índole (artículo 2.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), por lo que en cualquier caso la ejecución del contrato -o su resolución anticipada- deberá sufragarse con cargo al presupuesto municipal independientemente de la concesión o no de la subvención a la que se refiere la consulta.

2.11 INFORME 11/2014 DE 17 de FEBRERO DE 2015. GARANTÍA COMPLEMENTARIA COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN. LA VALORACIÓN DEL PRECIO EN FUNCIÓN DE LA BAJA AL TIPO DE LICITACIÓN.

ANTECEDENTES

En fecha 28 de noviembre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Paterna al amparo del art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“D^a ELENA MARTÍNEZ GUILLEM Alcaldesa del Ayuntamiento de Paterna, en uso de las atribuciones que a la Alcaldía le confiere la Ley.

El 24 de octubre se registró de entrada escrito de la Junta Superior de Contratación Administrativa remitido en respuesta a la consulta formulada por el Ayuntamiento a instancia del licitador Modepran referida a la adecuación de la totalidad del contenido de los pliegos reguladores del



servicio de recogida y custodia de animales de compañía aprobados por la Junta de Gobierno el día 14/02/2014.

La JSCA solicita del Ayuntamiento que especifique con concreción sobre qué extremos precisos, que puedan cuestionar la aplicación de la normativa sobre contratos del sector público, realiza la consulta.

Es que por ello, que se formula nueva consulta a la JSCA como sigue:

Adecuación a la legislación en materia de contratación pública de la inclusión, entre otros, de los siguientes criterios de adjudicación y su ponderación como sigue:

- Garantía complementaria.- En los pliegos administrativos y técnicos se dice: "con carácter complementario al aval obligatorio exigido según la Ley de Contrato, se valorará de manera objetiva la cantidad económica depositada como aval a devolver al año de la finalización del contrato como Garantía de la correcta prestación del contrato en cada una de sus prestaciones. Obtendrá más puntuación aquella propuesta que ofrezca mayor cantidad económica. El resto de ofertas serán asignadas de manera proporcional". Puntuando como máximo 15 puntos sobre 100.
- Propuesta económica.- Se asignará la puntuación máxima a aquella que ofrezca mayor baja sobre el precio de licitación. Puntuado con máximo 70 sobre 100.

Se adjunta a la presente copia de los pliegos administrativos y técnicos así como copia de la consulta del licitador MODEPRAN.

LA ALCALDESA

M^a ELENA MARTÍNEZ GUILLEM"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1.- Garantía complementaria como criterio de valoración de las ofertas

El apartado H del anexo II al Pliego de cláusulas administrativas particulares indica: "Con carácter complementario al aval exigido según la Ley de Contratos, se valorará de manera objetiva la cantidad económica depositada como AVAL a devolver al año de la finalización del contrato como GARANTÍA de la correcta prestación del contrato en cada una de las prestaciones. Obtendrá mayor puntuación aquella propuesta que ofrezca mayor cantidad económica. El resto de ofertas serán asignadas de manera proporcional."

Los criterios en que se basarán las entidades adjudicadores para la adjudicación de los contratos son:

a) o bien únicamente el precio más bajo;

b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato.



El concepto de oferta económicamente más ventajosa viene referido, con carácter general, a la mejor relación calidad-precio, partiendo de un concepto amplio de calidad, como podría ser la mejor relación entre rentabilidad o rendimiento y precio, la mejor relación coste de mantenimiento-precio, en definitiva, la mejor relación entre el precio y el valor real de la prestación para el poder adjudicador, apreciada comparativamente entre las distintas proposiciones presentadas a una licitación.

En el contrato objeto de consulta el órgano de contratación decide adjudicar el contrato teniendo en cuenta la oferta más ventajosa económicamente en función de una pluralidad de criterios de adjudicación.

La regulación de los criterios de adjudicación con la finalidad de determinar la oferta económicamente más ventajosa se hace en nuestra legislación en el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSF en adelante) dispone en su artículo 150.1 lo siguiente:

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como

la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

Si bien la enumeración que hace el texto legal no es exhaustiva, y hay una libertad de elección por parte de la entidad adjudicadora de fijar esos criterios, no es menos cierto que se deben cumplir unos requisitos esenciales. Requisitos según los cuales los criterios de adjudicación no deben conceder a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección de un licitador. En este sentido debe respetar los principios básicos de la contratación pública, más concretamente el principio de igualdad de trato, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Y el principio de transparencia que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, e implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata. Es por ello que



deben mencionarse en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación todos los criterios de adjudicación por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida (STJUE de 16 de septiembre de 2013 en el Asunto T-402/06 Comisión contra Reino de España).

En segundo término, los criterios de adjudicación deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio.

En última instancia, los criterios de adjudicación y su forma o método de aplicación deben estar dirigidos necesariamente a identificar la oferta económicamente más ventajosa, es decir, la oferta que presente la mejor relación calidad-precio¹¹.

Así lo confirman las STJUE de 20 de septiembre de 1988 en el Asunto C-31/87 Gebroeders Beentjes; STJUE de 17 de septiembre de 2002 en el Asunto C-513/99 Concordia Bus Finland; STJUE de 12 de noviembre de 2009 en el Asunto C-199/07 Comisión contra República Helénica y más recientemente STJUE de 9 de octubre de 2014 en el Asunto 641/13 P, Comisión contra el Reino de España.

El contrato objeto de consulta se adjudica en función de una pluralidad de criterios que deben, por tanto, estar encaminados a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, entre ellos -como se ha visto- figura con una ponderación de 15 puntos la prestación de garantía complementaria, prestación que lógicamente no forma parte de las que definen el objeto del contrato.

Además, debemos tener en cuenta que esta garantía tiene su expresa regulación en el art. 95 del TRLCAP como complementaria a la garantía definitiva estableciéndose, además, los límites económicos entre los que se puede exigir su constitución y su aplicación en casos especiales. En efecto, dispone este precepto en su apartado 2 lo siguiente: "En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato."

Por tanto, debe fijarse necesariamente por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas siendo, además, que su importe viene claramente fijado *ope legis* sin que ni el licitador pueda libremente fijar el mismo ni el órgano de contratación pueda, asimismo, libremente, establecer otro distinto o ninguno. Además, el establecimiento de una garantía complementaria en los términos y con las condiciones reguladas solo es admisible en casos especiales, lo cual debería justificarse en el expediente.

El Ayuntamiento consultante ha considerado como criterio de adjudicación una medida adicional de aseguramiento de la ejecución del contrato y del posible resarcimiento de daños y perjuicios en un hipotético y no deseado incumplimiento del contrato que, lejos de contribuir a identificar la oferta más ventajosa económicamente por la relación calidad-precio de las prestaciones ciertas ofertadas y estar vinculada al objeto del contrato, constituye una carga económica al contratista a la hora de la



preparación de su oferta y durante toda la ejecución del contrato, lo que entre otras cosas podría influir en la decisión de la empresa de licitar.

Efectivamente, la vinculación de las prestaciones que configuran el objeto del contrato y su ejecución viene determinada a lo largo del pliego de condiciones técnico-económicas destinadas a la realización del servicio de recogida y custodia de animales de compañía. Difícilmente la exigencia de esta garantía puede identificarse con las prestaciones objeto del contrato y con la finalidad pretendida en la licitación y difícilmente va a ser un criterio objetivable en la selección de la oferta que ofrezca mayor relación calidad precio, dado que en modo alguno puede ser tenida en cuenta para seleccionar comparativamente la mejor oferta por las prestaciones ofrecidas, sino únicamente para añadir puntos adicionales por razón del mayor importe de la garantía. Ello, además, contraviniendo claramente el TRLCSP que establece el cuánto, cómo y por qué de la exigencia de una garantía complementaria que, en caso de decidirlo así la entidad adjudicadora, su establecimiento sólo puede hacerse a los efectos previstos en los artículos 100 y 225.3 del TRLCSP.

Por todo cuanto antecede se considera que el establecimiento de la aportación de garantía complementaria como criterio de adjudicación contraviene lo dispuesto en artículo 150 del TRLCSP.

2.- Valoración del precio en función de la baja al tipo de licitación.

La segunda cuestión planteada por el Ayuntamiento de Paterna en su consulta es la referida a la adecuación a la legislación en materia de contratación de un criterio de adjudicación del contrato que valora las propuestas económicas en función de la baja al precio máximo establecido en la licitación, así como una ponderación de este criterio del setenta por ciento en el conjunto de criterios de valoración.

La valoración del precio ofertado por los licitadores ha de someterse a una regla esencial derivada de la propia finalidad de la licitación que no es otra que promover la concurrencia de ofertas para seleccionar la económicamente más ventajosa. Esa finalidad, unida a los principios de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, obliga a considerar preferible la oferta del precio más bajo entre cualesquiera dos ofertas de prestaciones equivalentes, como corolario también de que la oferta económicamente más ventajosa es aquella que ofrece la mejor relación calidad-precio o, por utilizar conceptos análogos, la mayor rentabilidad o rendimiento por euro invertido.

El sistema utilizado para valorar las proposiciones presentadas a la licitación objeto de la consulta se basa en el método habitual de valorar cada uno de los criterios independientemente de los demás, para luego acumular o sumar las respectivas valoraciones obtenidas por cada uno de ellos y obtener así la valoración global de cada oferta, que determinará a su vez el orden de la prelación o preferencia para la adjudicación del contrato.

Cuando cada criterio se valora independientemente de los demás, dicha valoración debe, en consecuencia, seguir reglas propias, adecuadas y comúnmente aceptadas o conocidas por los candidatos para medir y comparar las ventajas que cada oferta contiene para la Administración. En el caso del precio, cuando éste está siendo valorado independientemente de los demás criterios, ello implica que entre dos ofertas cualesquiera será preferible aquella de precio más bajo y, en



consecuencia, no podrá otorgarse más puntos o valorar mejor la más cara. Por decirlo con una mayor precisión, la valoración o los puntos otorgados a cada oferta ha de ser una función decreciente respecto del precio, aunque dicha función pueda ser continua o discreta y no estrictamente decreciente (por tramos o escalones). Es decir, en este último caso, puede aceptarse que dos precios cuya diferencia es pequeña o insignificante obtengan la misma puntuación por encontrarse en el mismo tramo, escalón o nivel, pero lo que no puede suceder en ningún caso es que una oferta más cara que otra obtenga mayor puntuación o mejor valoración que ésta.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, podemos afirmar que el sistema que valora el precio indirectamente mediante la valoración de las bajas al tipo de licitación cumple la regla esencial que acabamos de exponer y, en consecuencia, se ajusta en principio a lo establecido en la legislación de contratos del Sector Público aunque lo haga por una vía indirecta. El artículo 150.1 del TRLCSP hace referencia al precio como criterio de adjudicación y establece, además, que cuando sólo se utilice este criterio, ha de ser necesariamente el del precio más bajo. Pero la baja no es el precio ofertado, sino la diferencia entre éste y el tipo de licitación, lo cual es un concepto y criterio totalmente distinto que, cuando existen más criterios de adjudicación, debe utilizarse teniendo en cuenta cuidadosamente la ponderación relativa de todos ellos.

Sin perjuicio de su adecuación a la legislación de contratos, la utilización de las bajas al tipo de licitación como criterio de adjudicación con una ponderación muy mayoritaria en el conjunto de criterios, como es el caso que nos ocupa, corre el riesgo de tener el efecto no deseado de invalidar los restantes criterios o de anular prácticamente las ofertas cercanas al tipo de licitación como si de ofertas desproporcionadas se tratase. Veamos un ejemplo hipotético con la ponderación del 70% del criterio del precio en el que hubieran habido cuatro ofertas con las siguientes bajas:

Baja Puntos

Oferta A: 1% 7

Oferta B: 5% 35

Oferta C: 7% 49

Oferta D: 10% 70

Como puede observarse en el ejemplo, la valoración de las ofertas en proporción a su baja respecto del precio de licitación conduce al resultado de que dos de las ofertas, la A y la B, quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de adjudicación, y una tercera, la C, tampoco podría aspirar a la adjudicación salvo en el muy improbable supuesto de que obtuviera por los otros criterios 21 puntos más que la de precio más bajo, del total de 30 que pueden obtenerse por dichos criterios. Los precios ofertados apenas se alejan entre sí en unos pocos puntos porcentuales pero, sin embargo, su valoración indirecta a través de las bajas otorga una ventaja tan grande a la oferta de precio más bajo que prácticamente invalida los restantes criterios.

Sin duda, debería haberse previsto y establecido límites y mecanismos correctores ante la posibilidad de que se diera el resultado que cosechan las ofertas A y B que, antes de la valoración de los criterios de calidad distintos del precio, quedan automáticamente excluidas de la posibilidad de adjudicación, pese a cumplir las condiciones de la licitación y haber efectuado una baja al tipo y aunque sus proposiciones hubieran obtenido la mayor puntuación por dichos criterios de calidad. Igualmente hubiese quedado excluida automáticamente una empresa que hubiere ofertado al tipo de licitación,



en cuyo caso habría obtenido cero puntos. Muy distinto hubiera sido el resultado si se hubiera valorado el precio en lugar de la baja, es decir si por ejemplo se hubiera asignado 70 puntos al precio más bajo y a los restantes precios los puntos que de forma inversamente proporcional les correspondiera, en cuyo caso las diferencias de puntos obtenidos por todas las ofertas sería proporcional a las diferencias de sus precios y ninguna oferta hubiera quedado descartada antes de valorar todos los criterios de adjudicación.

Nótese también que, cuando el precio es mayoritariamente el criterio más relevante y su valoración se efectúa proporcionalmente a la baja respecto al tipo, una de las consecuencias es que el licitador no puede saber cómo actuar al preparar su proposición. Por una parte se le está diciendo que, además del precio, existen otros criterios de adjudicación que resumidamente podemos llamar de calidad y que el órgano de contratación considera también relevantes y a tener en cuenta. Pero, por otra, se le estimula a dejar de lado dichos criterios porque la valoración del precio en función de la baja al tipo obliga al licitador que aspire a no quedar excluido de la posibilidad de adjudicación a concentrarse en ofertar un precio que, si no es el más bajo, al menos, no se aleje apenas del precio más bajo, *el cual, además, es desconocido antes de la licitación*, circunstancia que cuando menos afecta negativamente al principio de transparencia que rige el procedimiento de contratación, si no es contraria a éste.

Visto todo ello, habremos de concluir que si bien es cierto que el criterio de valorar indirectamente los precios ofertados por los licitadores a través de las bajas efectuadas respecto al presupuesto de licitación sí que se ajusta a la legislación de contratos del Sector Público, por cuanto atribuye una mayor puntuación o preferencia cuanto menor es el precio, también lo es que cuando el precio es el criterio mayoritario de entre los que son tenidos en cuenta para la adjudicación dicho método puede producir el efecto no deseado ni admisible en derecho de que ofertas que cumplen plenamente las condiciones establecidas en el Pliego que rige la licitación queden de hecho automáticamente excluidas del procedimiento por ser, simplemente, su baja inferior a la de la oferta de precio más bajo y, ello, aunque los precios ofertados sean muy similares o no se alejen mucho entre sí. En consecuencia, en el supuesto expuesto deberían establecerse en los pliegos los límites y fórmulas que eviten tales efectos contrarios a los fines perseguidos con la licitación y a los principios que rigen la contratación del Sector Público.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los criterios de adjudicación deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato de conformidad con el art. 150 del TRLCSP. De ello se desprende que los criterios de adjudicación utilizados por las entidades adjudicadoras deben ser criterios objetivos relacionados directa y exclusivamente con las características de la oferta y con las cualidades intrínsecas de un producto o de un servicio.

SEGUNDA.- La exigencia de prestación de garantía complementaria como criterio de adjudicación no puede identificarse con las prestaciones objeto del contrato y con la finalidad pretendida en la licitación y difícilmente va a ser un criterio objetivable en la selección de la oferta que ofrezca mayor relación calidad precio, dado que en modo alguno puede ser tenida en cuenta para seleccionar comparativamente la mejor oferta por las prestaciones ofrecidas, sino únicamente para añadir mayor puntuación por razón del mayor importe de la garantía. Ello, además, contraviniendo claramente el TRLCSP que establece el cuánto, cómo y por qué de la exigencia de una garantía complementaria que, en caso de decidirlo así la entidad adjudicadora, su establecimiento sólo puede



hacerse a los efectos previstos en los artículos 100 y 225.3 del TRLCSP. Por lo que se considera que el establecimiento de la aportación de garantía complementaria como criterio de adjudicación contraviene lo dispuesto en artículo 150 del TRLCSP.

TERCERA.- Si bien es cierto que el criterio de valorar indirectamente los precios ofertados por los licitadores a través de las bajas efectuadas respecto al presupuesto de licitación sí que se ajusta a la legislación de contratos del Sector Público, por cuanto atribuye una mayor puntuación o preferencia cuanto menor es el precio, también lo es que cuando el precio es el criterio mayoritario de entre los que son tenidos en cuenta para la adjudicación dicho método puede producir el efecto no deseado ni admisible en derecho de que ofertas que cumplen plenamente las condiciones establecidas en el Pliego que rige la licitación queden de hecho automáticamente excluidas del procedimiento por ser, simplemente, su baja inferior a la de la oferta de precio más bajo y, ello, aunque los precios ofertados sean muy similares o no se alejen mucho entre sí. En consecuencia, deberían establecerse en los pliegos los límites y fórmulas que eviten tales efectos contrarios a los fines perseguidos con la licitación y a los principios que rigen la contratación del Sector Público.

1 Por ejemplo, sobre la definición de oferta económicamente más ventajosa, la Sentencia del TJUE, de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T402-6, Reino de España contra Comisión Europea manifestaba:

“76 A este respecto, procede recordar que, si bien el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios -y, de manera análoga, el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sobre los contratos públicos de obras- deja a la entidad adjudicadora la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretenda aplicar, esa elección sólo puede recaer en criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartado 59, y la jurisprudencia allí citada). Pues bien, la oferta más ventajosa económicamente puede definirse como aquella entre las diferentes ofertas realizadas que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio, teniendo en cuenta los criterios justificados por el objeto del contrato (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Comisión, T-148/04, Rec. p. II-2627, apartado 48). Por consiguiente, cuando las entidades adjudicadoras deciden adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, deben evaluar las ofertas para determinar cuál es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio [véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 86, en relación con el considerando 46, párrafo tercero, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)].”

2.12 INFORME 12/2014 DE 17 DE FEBRERO DE 2015. GASTOS GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

ANTECEDENTES



En fecha 13 de noviembre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud del Ayuntamiento de Ibi de informe al amparo del art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“La Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria de 1 de abril de 2011, adoptó acuerdo de aprobación de la prórroga del contrato del servicio de agua potable, así como la propuesta efectuada por la mercantil concesionaria, comprensiva de las obras cuya ejecución y financiación resulta necesario acometer.

El Ayuntamiento Pleno en sesión extraordinaria y urgente celebrada el 2 de octubre de 2014, acuerda solicitar informe para que se clarifique la posible duplicidad en el cobro de beneficios industriales y gastos generales, a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

Se adjunta informe emitido por los técnicos municipales el 30 de septiembre de 2014 sobre la legalidad de la aplicación de los gastos generales y el beneficio industrial a las inversiones a realizar.

Se solicita a esa Junta informe sobre si en el anexo de inversiones aprobado se entienden incluidos los gastos generales y el beneficio industrial.

A dichos efectos se adjunta la siguiente documentación:

- *Copia de documentos del expediente de aprobación de prórroga del contrato del servicio de “ Abastecimiento domiciliario de agua potable” suscrito con la mercantil Aquages Levante, S.A. ahora Hidraqua Gestión Integral de Aguas de Levante, S.A.*
- *Copia de documentación del expediente de aprobación de la modificación del contrato administrativo del servicio de “Abastecimiento domiciliario de agua potable”.*

EL ALCALDE

RAFAEL SERRALTA VILAPLANA”

El escrito de consulta se acompaña de copia de los siguientes documentos relativos a la modificación del contrato en el presente ejercicio:

- Informe de 30/09/2014 relativo a la posible duplicidad de los gastos generales y el beneficio industrial, suscrito por el secretario de la corporación, el interventor y los técnicos municipales competentes por razón de la materia.
- Propuesta de acuerdo de 25/09/2014 de aprobación de la modificación del contrato y del proyecto de renovación de la cubierta del depósito nº 2, con un incremento de 128.069€ sobre el proyecto inicial.
- Petición de informe técnico sobre la posible duplicidad del beneficio industrial y gastos generales, suscrito por varios concejales de la corporación.
- Propuesta de acuerdo de 30/09/2014, reiterando la de 25/09/2014.
- Certificación del dictamen favorable de la Comisión competente relativa a la propuesta anterior.



- Certificación del acuerdo de 02/10/2014 del Pleno por el que aprueba la citada propuesta y se acuerda remitir el expediente a la Junta Superior de Contratación para que informe sobre la posible duplicidad citada.
- Propuesta de Aquagest Levante SA de 9/06/2014, relativa a las actuaciones de inversión necesarias y a la renovación de la concesión.

En lo relativo a la modificación del contrato por la que se acordaron inversiones y se prorrogó el contrato hasta 2030, se acompaña copia de los documentos:

- Escrito de Aquagest de 01/07/2010 aportando estudio de viabilidad de la explotación del servicio hasta 2030, estados contables y tarifas.
 - Informe de 21/09/2010 sobre la propuesta anterior, suscrito por el ingeniero técnico municipal.
 - Informe de 29/09/2010 sobre la propuesta anterior, suscrito por el técnico economista municipal.
 - Informe de 27/01/2011, sobre nuevas inversiones a estudiar, del ingeniero técnico municipal, y escrito de la misma fecha, de la teniente Alcalde delegada, remitiendo dicho informe a Aquagest.
 - Informe de 24/02/2011, del ingeniero técnico municipal, sobre propuesta de Aquagest.
 - Informe jurídico de 24/02/2011, de los profesores de la UCLM Francisco Delgado Piqueras y Isabel Gallego Córcoles, sobre la modificación del contrato de concesión.
 - Informe de 23 de marzo de 2011, del interventor municipal, por el que considera suficiente la propuesta de tarifas de la concesionaria con apreciaciones y condiciones.
 - Propuesta de acuerdo de 25/03/2011, de la teniente de Alcalde, por la que se propone aprobar la propuesta efectuada por la concesionaria el 21/02/2011, comprensiva de las obras a ejecutar y financiar, de las tarifas a percibir y de la prórroga del contrato hasta el 26 de junio de 2030.
 - Informe de 25 de marzo de 2011, del secretario de la corporación, informando favorablemente la prórroga del contrato de concesión.
 - Certificación del Informe de 28/03/2011 de la Comisión de Urbanismo y Obras Públicas, por el que se dictamina favorablemente la propuesta anterior.
 - Certificación del Acuerdo de 01/04/2011, de la Junta de Gobierno Local, por la que se aprueba la propuesta anterior, se establece que las inversiones propuestas habrán de ejecutarse en el plazo máximo de tres años desde la firma del contrato y requerir a la concesionaria para proceder a la formalización del contrato, en el plazo máximo de 15 días desde la notificación de este acuerdo.
-
- Certificación o compulsa del escrito presentado el 21/02/2011 por la concesionaria AQUAGEST LEVANTE S.A., proponiendo ejecutar y financiar inversiones por importe de 2.700.903,57€ y, como compensación, la ampliación del plazo de la concesión hasta el 26 de junio de 2030, presentando un nuevo estudio de viabilidad y una propuesta de canon variable anual.
 - Notificación del acuerdo anterior, efectuada el 11/04/2011.
 - Propuesta de acuerdo de 14/04/2011, de la teniente de Alcalde, por el que se requiere a la concesionaria el anticipo del importe acumulado del canon correspondiente al período comprendido entre el 01/01/2013 y el 26/06/2030, por importe 1.106.325,19€.
 - Documento administrativo suscrito el 15/04/2011 entre el Ayuntamiento de Ibi y la concesionaria AQUAGEST LEVANTE S.A. por el que se formaliza la modificación del contrato administrativo de



concesión de la explotación de abastecimiento y distribución de agua potable de Ibi, conforme a la propuesta de la empresa de 21/02/2011 antes referida.

- Certificación del acuerdo de 18/04/2011, de la Junta de Gobierno Local, por el que se aprueba la propuesta de 14/04/2011 de requerimiento de anticipo del canon.

A petición de la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, en fecha 18/12/2014 ha tenido entrada escrito de 15 de diciembre de 2014 del Ayuntamiento de Ibi, acompañado de documento electrónico conteniendo el contrato primitivo de concesión y el pliego de condiciones económico-administrativas por el que se rige.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El contrato de concesión de la explotación del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable al municipio de IBI, al que se refiere la consulta formulada por su Ayuntamiento, fue adjudicado el 28 de abril de 1980 y suscrito, entre el Ayuntamiento de Ibi y la empresa adjudicataria (AQUAGEST, en anagrama), el 26 de junio de 1980. Previamente, el 7 de diciembre de 1979, habían sido aprobadas las bases y el pliego de condiciones que rige la referida contratación y, en consecuencia, la adjudicación del contrato se rigió por las normas vigentes en aquellas fechas, en particular, por el Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio a 1955. Además, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda del citado Decreto de 9 de enero de 1953, para lo no previsto en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, regían las disposiciones aplicables a la Administración general del Estado y, en su defecto, los preceptos pertinentes del Derecho privado.

No obstante, en lo relativo a la aplicabilidad actual de las disposiciones citadas, ha de tenerse en cuenta que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por la que se derogaba expresamente la Ley de Contratos del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril); el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3140/2175, de 25 de noviembre, y el citado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, no declaró aplicables estas normas para los contratos en ejecución adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, como si que lo hicieron las leyes de contratos posteriores. Más bien al contrario, la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995 se limitó a referirse a los expedientes de contratación en curso en los que no se hubiera producido la adjudicación para indicar que pasarían a regirse por dicha Ley aunque no sería obligatorio el adaptar a ella las actuaciones ya realizadas. Fue el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el que tras la reforma de la Ley 13/1995 por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, estableció en su disposición transitoria primera que los contratos adjudicados con anterioridad a esta última Ley (la 53/1999) se regirían por la normativa "anterior", sin especificar si esta normativa anterior era la Ley 13/1995 o simplemente la vigente en el momento de su licitación o adjudicación.

En cualquier caso, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil y lo manifestado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia, el criterio de esta Junta es que el contrato debe ejecutarse y llevarse a término de conformidad con las condiciones pactadas que, en este caso, a tenor de la documentación facilitada por el Ayuntamiento, son las establecidas en el pliego de condiciones



económico-administrativas que consta en la escritura pública de su formalización, sin que deban aplicarse o sean exigibles otras condiciones o reglas que no estén contempladas o referidas expresamente en dicho pliego, el cual podrá y deberá interpretarse de acuerdo con las normas vigentes al momento de su licitación y adjudicación, si ello fuera necesario y resultara pertinente. El propio Pliego, en su artículo 36º, para lo no previsto en él, establecía como normas supletorias la Ley de Régimen Local, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y el Código Civil.

Entrando en la cuestión planteada, hemos de destacar en primer lugar los artículos 5º y 6º del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas, que literalmente establecen:

“ARTÍCULO 5º.- EN ORDEN A LAS OBRAS DE AMPLIACIÓN Y RENOVACIÓN DEL ABASTECIMIENTO.- Las obras de ampliación y renovación del abastecimiento serán de exclusiva cuenta del Ayuntamiento, pero el contratista, participará en ellas aportándolas total o parcialmente siempre que el Ayuntamiento se comprometa a reembolsarle las cantidades invertidas, ya sea mediante el pago de una cuota anual o una sobretasa por metro cúbico facturado, por el tiempo que aquél explote el servicio y pactada de común acuerdo.

El Contratista informará obligatoriamente al Ayuntamiento de las obras necesarias en la actual red de distribución para una correcta puesta a punto de la misma sin que ello signifique dejación de ningún derecho para el mejor suministro del agua.

Los informes del Contratista no serán vinculantes para la Corporación.

ARTÍCULO 6º.- EN ORDEN A LA EXPANSIÓN DE LA RED DE DISTRIBUCIÓN

En la extensión y ampliación de la red de distribución, se procederá de la siguiente forma, según los casos:

a) Petición del suministro por el promotor de un inmueble.

El Contratista teniendo en cuenta las características del suministro solicitado, confeccionará el presupuesto correspondiente, en el que se tendrá en cuenta la posible ampliación de la red existente por las necesidades de este nuevo suministro.

El importe del mismo deberá ser satisfecho por el promotor y el trabajo realizado por el contratista.

Se confeccionará un cuadro de precios aprobados, a tal fin, por el Ayuntamiento.

b) Colocación de la red de distribución en zonas de nueva urbanización o ampliación de la existente.

Cuando el Ayuntamiento realice la urbanización de nuevas zonas o modificación de las existentes, dará cuenta al contratista a los efectos del abastecimiento, quien deberá informar de la condición peculiar de la futura red y se tendrá en cuenta sus informes y sugerencias con relación a la redacción del proyecto.”

De las antedichas cláusulas se desprenden claramente las condiciones siguientes:

a) Las obras de ampliación y renovación de las instalaciones para el abastecimiento son de la exclusiva responsabilidad del Ayuntamiento y corren por su cuenta, salvo en el caso aislado del promotor de un nuevo inmueble que deberá satisfacer los gastos que le origine al concesionario la conexión del edificio a la red.



b) El contrato prevé que las citadas obras de ampliación y renovación puedan ser “aportadas total o parcialmente” por el contratista si el Ayuntamiento se compromete a reembolsarle las “cantidades invertidas” mediante una contraprestación pactada de común acuerdo.

No consta en la documentación remitida modificación alguna que afecte expresamente a dichas condiciones pues, en realidad, la modificación del contrato aprobada por la Junta de Gobierno Local el 1 de abril de 2011, y formalizada el 15 de abril, viene referida exclusivamente a la prórroga del contrato de concesión hasta el límite legal en 2030 como contraprestación por la ejecución y financiación de las inversiones propuestas por la concesionaria, valoradas por ella en 2.700.903,57€, a las que se les añadió el compromiso de pago al Ayuntamiento de un canon variable a partir de 2013, que no se encontraba previsto en el contrato primitivo y cuyo anticipo de su importe acumulado, por un total de 1.106.325,19€, fue solicitado por el Ayuntamiento de inmediato y desconocemos si fue o no abonado por la concesionaria.

Por otra parte, la otra modificación del contrato administrativo a la que se refiere la Propuesta de Acuerdo de 25 de septiembre de 2014 contenida en la documentación remitida, reiterada el 30 de septiembre de 2014 tras sendos informes técnicos y de la Comisión de Urbanismo, para ser elevada al pleno de la Corporación, contiene únicamente la aprobación de una modificación del Proyecto de obras de Renovación de la Cubierta del Depósito nº 2 de Ibi, consistente en incrementar el presupuesto del proyecto inicial en 128.069,27 euros. Y la decisión finalmente aprobada por el Pleno sólo añade el acuerdo de solicitar a esta junta el presente Informe.

En los antecedentes de esta última propuesta de acuerdo consta que, en fecha 7 de febrero de 2014 se acordó aprobar el proyecto que ahora se propone modificar, “incluido en la propuesta de actuaciones aprobada de las obras a acometer por la mercantil concesionaria...con *un presupuesto base de licitación de 216.252,39.-€ IVA excluido*” (la cursiva es nuestra). Igualmente, consta que durante la ejecución de las obras surgen actuaciones necesarias no previstas en el proyecto primitivo y que el 2 de mayo de 2014 la concesionaria presenta el Proyecto Modificado nº 1, cuya aprobación es el objeto de la propuesta citada, y que supone un incremento de 128.069,27 €, es decir, de más del 50% del importe inicial.

Visto todo ello, son diferentes cuestiones las que origina la consulta formulada por el Ayuntamiento y que deben plantearse en el presente informe. La primera de ellas es la relativa a la aplicación de la regla de los gastos generales y del beneficio industrial en las obras ejecutadas en el marco de un contrato de concesión de servicios públicos y la segunda la posible duplicidad del pago de dichos conceptos que pudiera generarse en la retribución al concesionario al trasladar su consignación a los presupuestos de explotación.

Las obras de ampliación o renovación de la red de abastecimiento de agua potable son competencia del Ayuntamiento, el cual no sólo no está obligado en modo alguno a encomendarle su ejecución a la empresa concesionaria sino que, a nuestro juicio, su contratación debía y debe adjudicarse de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente de contratos del sector público, sin perjuicio de que dicha empresa pueda financiarlas y recibir, como contraprestación por las cantidades invertidas, y sólo por éstas, las cuotas o sobretasas establecidas previamente de común acuerdo y a las que el contrato se refiere expresamente.



De conformidad con lo establecido en el contrato administrativo original, la empresa concesionaria tiene derecho a ser retribuida por las *cantidades invertidas* por actuaciones para la renovación o ampliación de la red de abastecimiento que le hayan sido aprobadas y autorizadas por el Ayuntamiento. Sin embargo, el cumplimiento estricto de ese pacto requiere la justificación y certificación de los importes efectivamente invertidos, esto es, no basada en estimaciones previas del proyecto sino en costes realmente soportados y contablemente acreditados, donde no cabe hablar de gastos generales indeterminados ni de beneficios deseados y sí, en cambio y por ejemplo, de cantidades satisfechas a terceros o de costes financieros.

Por ello, en cuanto a la cuestión central planteada en la consulta, relativa a los gastos generales y el beneficio industrial, hemos de recordar que las previsiones al respecto del artículo 68 del Reglamento General de Contratación del Estado (en adelante RGCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, igual que las del artículo 131 del vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establecen los *porcentajes de gastos generales y de beneficio industrial que pueden emplearse en la elaboración de proyectos de obras para establecer el presupuesto base de licitación o presupuesto por contrata que ha de servir como tipo a la baja para la adjudicación de los contratos de obras*, mediante subasta, concurso o contratación directa previa consulta a varias empresas, de acuerdo con lo dispuesto entonces en aquel RGCE, o mediante los procedimientos abiertos, restringidos o negociados establecidos en la legislación posterior.

Pero tales preceptos no son directamente aplicables en el caso que nos ocupa, porque tales porcentajes no tienen por qué corresponder a las cantidades efectivamente invertidas por la concesionaria en obras ejecutadas en virtud del contrato objeto de la consulta y, por ello, además de no venir establecidos para tales obras en el pliego que rige dicho contrato, no constituyen derecho supletorio o norma cuyo cumplimiento resulte exigible, y no sólo porque no se trate de un contrato de obras, que también, sino porque la regla de los porcentajes de gastos generales y de beneficio industrial es aplicable en la redacción de proyectos de obras para establecer el presupuesto base de licitación, es decir, para la adjudicación de contratos de *obras que van a ser objeto de licitación*, siendo esta licitación abierta a la concurrencia de diferentes ofertas la que determinará a la baja el precio que la Administración deberá pagar por su ejecución. Es decir, el presupuesto por contrata de un proyecto o presupuesto base de licitación no es más que un máximo, una estimación necesaria cuando se va a promover la concurrencia de ofertas de la cual resultará el precio que se pagará, por la ejecución de las obras proyectadas, a la empresa que formule la oferta más ventajosa económicamente.

La segunda cuestión contenida en la consulta objeto del presente Informe es la relativa a la posible duplicidad de los gastos generales y del beneficio industrial derivada de la consignación de tales conceptos también en el presupuesto de explotación de la concesión del abastecimiento de agua. Para responder a ello, nuevamente hemos de examinar cuáles son las condiciones pactadas en el contrato a las que han de atenerse ambas partes, máxime cuando, no obstante el tiempo transcurrido desde su suscripción, han debido considerar que continuaban siendo adecuadas al momento actual al acordar recientemente la prórroga del contrato hasta el límite máximo que la ley permite, sin más modificaciones que las que afectan a las inversiones que deben efectuarse y su consiguiente financiación mediante la ampliación del plazo de duración del contrato.



El artículo 26 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas del contrato (en lo sucesivo, el Pliego) establece que la *Cuenta de Explotación del Servicio* comprenderá:

“En el debe del Municipio figurará el importe total que por la prestación del servicio, de que se trata, proceda satisfacer al Contratista en el año considerado con arreglo a sus retribuciones.

En el haber, figurarán todas las sumas liquidadas y percibidas por el Contratista de los abonados por cuenta del Ayuntamiento y con arreglo a los diferentes conceptos de las tarifas del servicio.

La diferencia entre haber y debe significará el saldo de la cuenta de explotación que corresponderá al Ayuntamiento.”

A su vez, el artículo 24 del Pliego establece la retribución del contratista en base a un precio unitario por metro cúbico facturado, ofertado por él mismo en la licitación y mediante el cual, sin perjuicio de las pertinentes revisiones de precios que procedan, el contratista *“cubrirá la totalidad de gastos de explotación, mano de obra, conservación de las instalaciones, transporte, energía, tratamiento, materiales etc., así como todos los gastos anexos y generales de la empresa y no podrá tener otra retribución por ningún concepto”*, salvo la conservación de contadores. Asimismo, establece que la retribución del contratista *“por el servicio de gerencia de que se trata, se determinará multiplicando este precio unitario por los metros cúbicos facturados a los abonados”*.

De acuerdo con lo que figura en el contrato formalizado y en la certificación de la adjudicación que contiene, el precio inicial por el que en 1980 se contrató a la concesionaria de la explotación del servicio fue de 12,56 pesetas por metro cúbico hasta 1.070.000 metros cúbicos y de 11,65 pesetas por metro cúbico que excediera de dicha cantidad.

Por su parte, el artículo 25 del Pliego regula la revisión del precio anterior en función de la variación de índices oficiales publicados e indica que *“del coste de prestación del servicio el:*

- 35 por 100 corresponde a electricidad.*
- 40 por 100 corresponde a mano de obra.*
- 9 por 100 corresponde a gastos de conservación*
- 16 por 100 corresponde a gastos generales y beneficio industrial.”*

Asimismo, en este artículo del pliego se establece que la revisión del precio de adjudicación por metro cúbico facturado se efectuará siempre que se dé una variación superior al 8% en dichos conceptos, y se determina la fórmula para calcular el precio revisado de acuerdo con dichas ponderaciones y aplicándolas, en el caso de la electricidad, mano de obra y gastos de conservación, a la variación del precio del Kw/h, del salario del oficial de fontanería y del precio de la tubería de fibrocemento de 100 mm de diámetro, respectivamente. Nótese que, de acuerdo con este precepto, se consideran gastos generales todos los que no correspondan a electricidad, mano de obra o gastos de conservación de las instalaciones.

Por último, hay que traer a colación también el artículo 32 del Pliego que establece que el contrato *“se entenderá convenido a riesgo y ventura para el Contratista, el cual no podrá solicitar alteración de precios o indemnización excepto por las causas que señala el artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.”*



Pues bien, de acuerdo con lo establecido en el Pliego, la Corporación no tenía ni tiene que entrar a valorar o aceptar cuentas de explotación que no se ajusten a lo acordado en el contrato para determinar cuál ha de ser la retribución que corresponde al contratista y el saldo que corresponde al Ayuntamiento. Las cuentas de explotación que figuran en la documentación remitida junto a la consulta no responden en modo alguno a las condiciones pactadas en el contrato y, por ejemplo, las presentadas en 2010 por la empresa para justificar su propuesta de prórroga del contrato hasta 2030, proyectadas para dicho ejercicio y los siguientes, no son más que estimaciones no comprobables ni contrastables de los costes de explotación que, según la empresa, esta soportaría, a los que se les añade un 16% de gastos generales no determinados y beneficio industrial, sin distinguir la cuantía que corresponde a cada uno de estos dos conceptos y habiendo incluido en el subtotal sobre el que se aplica este porcentaje partidas correspondientes a conceptos tales como "gastos diversos", "otros servicios exteriores", "equipos procesos información", "amortización técnica" o "vehículos", que ya pueden considerarse gastos generales por sí mismos. Es decir, si hay alguna duplicidad de los gastos generales, la encontramos en el mismo presupuesto de explotación y al cual, por si no bastara, se añaden, tras sendas provisiones de fondos para inversiones, una provisión más para "insolvencias" del 1%, todo ello para concluir que el resultado de explotación en 2010, 2011 y 2012 sería negativo y que hasta 2013 no se preveía equilibrar ingresos y gastos de explotación.

La cuenta de explotación presentada por la empresa tiene, literalmente, la siguiente estructura de conceptos:

COSTES DE EXPLOTACIÓN

1. Energía eléctrica
2. Personal
3. Conservación
4. Vehículos
5. Amortización técnica [sic]
6. Otros servicios exteriores
7. Equipos procesos información
8. Gastos diversos
- Subtotal I (1+2+3+4+5+6+7+8)*
9. G.G. y B.I. [gastos generales y beneficio industrial]: 16% de Subtotal I
10. Fondo Renovación
11. Fondo Inversión 2000

Subtotal II (Subtotal I +9+10+11)

12. Provisión insolvencias: 1% de Subtotal II

Total costes de explotación (Subtotal II +12)

INGRESOS



1. Cuota servicio

2. Cuota de consumo

Total ingresos de explotación (1+2)

Es evidente que la cuenta de explotación que presenta la empresa para los ejercicios de 2010 y siguientes no se ajusta o responde a la establecida en el contrato y no nos consta en la documentación remitida que el contrato haya sido modificado en estos aspectos durante su vigencia. No se trata de que haya duplicidad de los gastos generales y beneficio industrial que se incluyen en los proyectos de obras por consignarse también tales conceptos en la cuenta de explotación, sino de que esta cuenta no se está elaborando conforme a lo establecido en el contrato primitivo. Los estados de dicha cuenta que obran en la documentación remitida son estimaciones o proyecciones de la cuenta propia de la empresa de las que puede decirse que, cuando menos, se ha suprimido todo "riesgo y ventura" del concesionario y que, suponiendo que los costes estimados presentados respondan a la realidad, cabe también entender que el porcentaje del 16% que se aplica agrupado bajo la rúbrica de G.G. y B.I. (supuestamente gastos generales y beneficio industrial) corresponde íntegramente a beneficio de la explotación.

El mecanismo que establece el Pliego del contrato es simple y comportaba un riesgo cierto pero razonable para el contratista: la cuenta de explotación que exige el contrato no es la propia de la empresa concesionaria, es decir, no es la que refleja sus costes y sus ingresos. La cuenta de explotación del servicio que define el Pliego es la que se sitúa desde el punto de vista del Ayuntamiento, en la cual el único coste para la Corporación es la retribución del concesionario, determinada mediante una multiplicación de los metros cúbicos facturados por el precio unitario de adjudicación actualizado, y, por otra parte, los ingresos son las tarifas abonadas por los usuarios aunque sean recaudadas por el concesionario. La diferencia entre dichos ingresos y coste es el saldo o resultado de explotación que debe ser abonado al Ayuntamiento si es a su favor o, por el contrario, deberá compensarse al concesionario el resultado negativo si las tarifas pagadas por los usuarios en el periodo correspondiente son insuficientes.

Este sistema de determinación del resultado es compatible con la posibilidad de que en dicha cuenta de explotación se consigne en el debe las cuotas compensatorias de las obras e inversiones financiadas por el concesionario para la renovación y ampliación del abastecimiento y distribución, conforme a lo establecido en los artículos 5º y 6º del Pliego y a las que nos hemos referido en la primera parte de este Informe.

En consecuencia, hemos de concluir, respecto a la segunda cuestión implícita en la consulta del Ayuntamiento de Ibi, relativa a la posible duplicidad de los gastos generales y del beneficio industrial, que tal posibilidad no se aprecia por su consignación en los proyectos de obras que en su caso sean financiados o ejecutados por el concesionario, sino por la indebida, inadecuada e inapropiada consignación en la cuenta de explotación del servicio, confundida con la del beneficio industrial, de unos gastos generales indeterminados, en la documentación remitida junto a la consulta. Tal cuenta de explotación, además, no responde en modo alguno a lo establecido en el artículo 26 del Pliego que rige el contrato. Incluso en el supuesto de que el sistema de determinación del precio y la retribución del concesionario hubiera sido otro distinto del establecido en el contrato, basado en los costes del concesionario, habría que advertir igualmente que, tal como se desprende de lo establecido los artículos 126 y 129 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, una vez



determinados los gastos de explotación cabe añadir el margen de beneficio industrial, pero no unos gastos generales indeterminados y adicionales a los que ya están incluidos en los gastos de explotación.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Las reglas por las que se establecen los porcentajes a aplicar sobre el presupuesto de ejecución material de las obras, en concepto de gastos generales o beneficio industrial, contenidas en las normas reglamentarias en materia de contratación –actualmente, en el artículo 131 del vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre --son aplicables en la elaboración de proyectos para determinar el presupuesto base de licitación del contrato de obras, no siendo exigible ni obligatoria su aplicación general fuera de ese contexto o para otra finalidad. Además, dado que tal presupuesto constituye sólo una previsión *ex-ante*, su importe no tiene por qué corresponderse con las cantidades efectivamente invertidas en la ejecución de las obras proyectadas ni sirve de justificación de las mismas.

SEGUNDA. En la documentación remitida relativa a los expedientes de modificación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento y distribución de agua potable de Ibi no se aprecia duplicidad de los importes de gastos generales y beneficio industrial consignados en los proyectos de inversión, sino una inadecuada consignación de un porcentaje de los gastos de explotación para gastos generales indeterminados, sin cuantificar y sin distinguirlo del margen de beneficio, en la estimación de los costes de explotación presentada por la empresa concesionaria.

2.13 INFORME 13/2014 DE 17 DE FEBRERO DE 2015. EJECUCIÓN DE OBRAS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE UN SERVICIO PÚBLICO GESTIONADO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN, QUE NO SE ENCUENTREN EXPRESA Y DETALLADAMENTE RELACIONADAS Y COMPRENDIDAS EN EL CORRESPONDIENTE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. EXIGENCIA DE GARANTÍA DEFINITIVA EN LOS CONTRATOS MENORES.

ANTECEDENTES

En fecha 21 de noviembre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Estivella al amparo del art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal

“D^a M^a JESÚS RAMÓN BELTRÁN, en calidad de Alcaldesa-Presidente del Exc. Ayuntamiento de Estivella, y en virtud de las competencias que la Ley 7/85, Reguladora de las Bases de Régimen local me atribuye,

EXPONE:



En fecha 27 de enero del 2010, se procedió a formalizar la adjudicación definitiva del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado, a la mercantil EGEVASA, suscribiéndose el correspondiente contrato administrativo de fecha 29 de enero del 2010.

La cláusula 6ª del Pliego dispone que: ;"Las obras de ejecución, ampliación y mejora de las instalaciones generales del abastecimiento, así como de red de distribución y saneamiento serán ejecutadas por el concesionario y financiadas conforme se determina en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas.

El Concesionario comunicará al Ayuntamiento, cada vez que proceda, sus previsiones acerca de la evolución del Servicio, (...).

En estos casos, se redactarán los oportunos proyectos por los técnicos designados a tal efecto por el Ayuntamiento, para que tras su aprobación por el órgano del Ayuntamiento se programe la ejecución y realización de aquellos, en alguna de las formas previstas en la legislación vigente".

En la práctica, la mercantil viene presentando una memoria donde justifica la necesidad de ejecutar unas inversiones a lo largo del ejercicio, que una vez redactados los correspondientes proyectos, se ejecuta la obra por el concesionario, conforme establece la cláusula 6ª del pliego y quinta del propio contrato.

Para el ejercicio 2015, se ha presentado por la mercantil EGEVASA un proyecto por importe de 30.823,29.-€, así como otro proyecto por importe de 97.395.20.-€.

No obstante, incorporado nuevo titular en la plaza de Secretaría-Intervención, INFORMA que para la segunda obra, con independencia de lo que establezca el Pliego y el contrato, se trata de una obra de inversión, que por el importe debe licitarse de conformidad con lo establecido en el RDL 3/2011, no pudiendo adjudicarse de forma directa por la concesionaria, a pesar que la cláusula 6ª del pliego y contrato especifican claramente que las obras de inversión (ejecución, ampliación, renovación y mejora de instalaciones generales) serán ejecutadas por el concesionario.

Interpreta que el contrato, según su objeto, afecta a la gestión de un servicio público, y no a las obras de inversión, cuya competencia corresponde exclusivamente al Ayuntamiento, y por tanto, su adjudicación y ejecución sería independiente de la gestión del servicio público.

Otra cuestión, de interés de la propia Alcaldía es determinar la financiación de estas obras, en el caso que debieran adjudicarse por el Ayuntamiento, y resultara adjudicatario un tercero y no la mercantil EGEVASA, ya que el propio Pliego establece en su cláusula 26 la posibilidad de que sean financiadas íntegramente por el propio concesionario, fijándose la forma de resarcir al concesionario de la inversión realizada en el plazo de vigencia del contrato.

Por lo que nos planteamos si el propio concesionario estaría obligado a anticipar el importe de la obra, y resarcirse a lo largo de la concesión administrativa.

La última cuestión planteada es que para la primera obra, por la presente Alcaldía se considera de importancia fundamental para el municipio, y de especial relevancia para los intereses públicos, por



lo que a pesar de ser un contrato menor, nos planteamos si es posible, a elección de la Corporación, exigir garantía definitiva (cítese a estos efectos el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 12/2002, de fecha 13 de junio del 2002) al adjudicatario del contrato, o por el contrario, sería ilegal adoptar esta decisión.

CONSIDERANDO lo expuesto, se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para que se pronuncie sobre las dos cuestiones suscitadas:

1ª.- Tratamiento de las obras de inversión, que surjan dentro del marco del servicio público de abastecimiento y suministro de agua potable y alcantarillado, cuando el contrato y el pliego establecen de forma expresa que deberán ejecutarse de forma directa por el concesionario.

2ª.- Posibilidad de que la Corporación exija garantía definitiva en los contratos menores, para garantizar posibles daños a los intereses públicos (daños a terceros, a instalaciones municipales, ...)

LA ALCALDESA-PRESIDENTA
M^a JESÚS RAMÓN BELTRÁN"

A petición de la Secretaría de la Junta (Reg de Salida 3369 de 26 de noviembre) se ha recibido posteriormente los pliegos de Condiciones Económico- Administrativas y de Condiciones Técnicas que rigen la contratación de la concesión de servicio de distribución y abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio, así como el correspondiente contrato administrativo formalizado entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

De acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas remitido (en adelante PCEA), el contrato al que se refiere la consulta formulada por el Ayuntamiento tiene por objeto la concesión y explotación de su servicio municipal de distribución y abastecimiento de agua potable y alcantarillado y, por tanto, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión. A tenor de las fechas de licitación y adjudicación del contrato, le son de aplicación las normas de carácter básico contenidas en el artículo 253 y siguientes de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de conformidad con lo dispuesto en sus disposiciones finales primera y séptima, así como en particular las normas correspondientes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, de acuerdo con la redacción vigente en las referidas fechas, y del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La cuestión central planteada en la consulta refleja una situación que viene siendo recurrente y sobre la que esta Junta considera necesario fijar una posición acorde con lo dispuesto en las normas españolas de carácter básico, acordes a su vez con las directivas europeas en materia de contratación de obras, y con los restantes principios derivados de las normas en vigor. La cuestión a la que nos referimos es la que plantea si es posible encomendar al concesionario de la explotación de un servicio público, directamente y sin licitación alguna, la ejecución de cuantas obras requiera el



mantenimiento, la renovación, la reforma o la ampliación de las instalaciones utilizadas para la prestación del servicio objeto de la concesión, aunque dichas obras no se encuentren expresamente comprendidas en el contrato, por no haber sido previamente proyectadas o al menos sucintamente descritas y relacionadas, ni su importe o valor estimado fuera conocido y tenido en cuenta cuando éste se licitó y adjudicó.

En el caso que nos ocupa se trata de un contrato de concesión cuya duración se establece en 25 años prorrogables y en cuyos pliegos de condiciones no consta referencia alguna a la elaboración previa del preceptivo anteproyecto de explotación del servicio y al de las obras que fueran precisas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LCSP, ni al menos una relación valorada de obras que se consideren comprendidas en el contrato o un importe máximo de las que podrán ejecutarse por el concesionario en cumplimiento del mismo. El artículo 11 del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas, en cambio, requiere que los licitadores presenten una propuesta sobre la prestación del servicio, en la que se incluye un plan de mantenimiento, conservación y reparación, y un estudio económico-financiero del servicio que especifique los gastos a que da lugar “el plan de actuación durante el período de la concesión”, es decir, durante los 25 años siguientes.

Sin embargo, las anteriores indeterminaciones en el objeto del contrato no impidieron que el citado Pliego incluya también otras cláusulas que difícilmente pueden considerarse conformes a derecho. Concretamente, el artículo 26, que establece que las “obras de ejecución, ampliación, renovación y mejora de las instalaciones... serán ejecutadas por el concesionario, pudiendo ser financiadas por el Ayuntamiento o por el concesionario de manera total o parcial, a voluntad del Ayuntamiento, siempre que previamente se halle la forma de resarcir al Concesionario de la inversión realizada...”, o el apartado 2 del artículo 28, que establece que una de las obligaciones del concesionario es “ejecutar las obras de inversión previstas en el *futuro* Plan Director, así como las

obras de ejecución [sic], de ampliación, renovación y mejora de las instalaciones generales de abastecimiento y de la red de distribución y saneamiento”, o el artículo 29 que, en su apartado 7, incluye entre los derechos del concesionario el de “ejecutar todas las obras relacionadas con el objeto del contrato”.

Por su parte, el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) define y distingue las obras de conservación y mantenimiento, que las asumirá el concesionario con “cargo al servicio”, de las obras de ampliación, renovación, reforma y mejora de instalaciones, así como otras de obra civil, que correrán a cargo del Ayuntamiento. Igualmente, establece el plazo del primer año de concesión para que el concesionario presente el “Plan Director valorado de las obras y reformas que es preciso acometer” en las instalaciones y redes de distribución de agua potable y de alcantarillado del municipio, para que ambas partes, conjuntamente, decidan “las fases de su ejecución y la mejor forma de financiación”.

Pues bien, respecto a todo ello, hay que recordar que el artículo 74 de la LCSP, actual artículo 86 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que el objeto de los contratos del Sector Público deberá ser determinado y, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos, el artículo 117.2 de la LCSP (art. 133.2 del TRLCSP) establece que, en los contratos de esta clase que comprendan la ejecución de obras, “la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización”, añadiendo



además que en tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en la Ley para los contratos de concesión de obras públicas.

De la documentación remitida por el Ayuntamiento consultante se desprende que en la contratación objeto del presente Informe se ha omitido el cumplimiento de los anteriores preceptos, que tienen carácter de legislación básica de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y, en consecuencia, no es posible aplicar lo establecido en las cláusulas de los pliegos antes citados de forma tal que, incumpliendo lo dispuesto en la Ley, el Ayuntamiento pueda adjudicar directamente al concesionario, al margen de los procedimientos establecidos legalmente, la ejecución de obras no expresamente comprendidas en el contrato y que excedan las necesarias para mantener las instalaciones que se le entreguen en un estado de conservación y mantenimiento adecuados, a lo cual sí que esta obligado el concesionario en todo caso, tanto por lo establecido en el Pliego (art. 28 del PCEA) como por lo que se desprende del artículo 259 de la LCSP (actual art. 283 del TRLCSP), concordante también con lo que señala el artículo 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Hay que destacar, especialmente, que de otra forma, si se aplicaran los preceptos del Pliego que permiten entender que se puede encomendar directa e ilimitadamente al concesionario la ejecución de obras no determinadas en el contrato, se estarían contraviniendo abiertamente los principios generales de la contratación del sector público, establecidos en el artículo 1 de la LCSP, entre los que, junto a la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, se establece la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer con la contratación, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta mas ventajosa, como medio de asegurar una eficiente utilización de los recursos destinados a la realización de obras o a la prestación de servicios y a la adquisición de bienes. En el caso sometido a consulta, difícilmente puede darse debido cumplimiento a tales principios si se omite la licitación y, en consecuencia, se sustrae de la competencia, la contratación de las obras de ampliación, renovación o mejora de las instalaciones de abastecimiento de agua potable o de la red de saneamiento.

Relacionado con todo ello, ha de advertirse también que en el Pliego puede observarse una infracción de lo dispuesto en la Ley, relativa a la solvencia y aptitud exigida a los licitadores participantes en la contratación y que pudo afectar al propio adjudicatario. El contrato objeto del presente Informe es de gestión de servicios públicos y no sólo elude cualquier valoración de las obras que deberán ejecutarse, sino que, además, tanto en lo relativo a la solvencia económica como a la técnica o profesional no existe ninguna condición o requisito mínimo que deba reunir el empresario que haya de ejecutar el contrato, tal como se requiere en el artículo 51 de la LCSP (art. 62 del TRLCSP). El artículo 11 del PCEA deja al arbitrio de los licitadores aportar cualquier documento de los relacionados en la LCSP como medios de acreditación de la solvencia económica y de la solvencia técnica, esta última para contratos de servicios, sin establecer ningún requisito mínimo para una u otra y sin requerir ninguna experiencia en la ejecución de obras, ni tan sólo la exigencia de cumplimiento de la norma especial sobre capacidad establecida para las personas jurídicas en el artículo 46.1 de la LCSP (actual 57.1 del TRLCSP), suficiente para poder ejecutar las obras comprendidas en el contrato.



Por último, en lo que se refiere a la posibilidad de financiación de la ejecución de las obras referidas en la consulta, hemos de informar que, sin perjuicio de la obligación de licitar y adjudicar su contratación de conformidad con lo establecido en la legislación de contratos del sector público, no observamos ningún inconveniente desde el punto de vista de dicha legislación a que, en los términos previstos en el contrato, pueda el concesionario financiarlas recibiendo como contraprestación por las cantidades efectivamente invertidas los importes que procedan y se acuerden durante el plazo de ejecución del contrato, bien con cargo a las tarifas pagadas por los usuarios o bien con cargo a los presupuestos municipales.

En último término se solicita informe sobre la posibilidad de solicitar garantía definitiva en los contratos menores. Como es sabido, los contratos menores se definen exclusivamente por su cuantía. Conforme a ello, el artículo 138.3 del TRLCSP establece las cuantías para considerar la contratación como menor, además de significar que en estos casos los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111. Por su parte, el artículo 111 del TRLCSP nos indica los requisitos de tramitación del expediente en los contratos menores, a saber:

1º.- La tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

2º.- En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

Por su parte el artículo 72.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, vigente en este extremo, señala que en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente.

De otra parte es consustancial a la contratación menor la duración, que nunca podría ser superior a un año, ni ser objeto, por consiguiente, de prórroga, según reza el artículo 23.3 del TRLCSP.

De cuanto antecede, y de la dicción literal del art. 95.1 del TRLCSP, - "Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido"-, nada hace concluir la posibilidad de exigencia en la contratación menor de la constitución de garantía definitiva.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La contratación de la ejecución de obras para el funcionamiento de un servicio público gestionado en régimen de concesión, que no se encuentren expresa y detalladamente relacionadas y



comprendidas en el correspondiente contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra sometida a las normas de carácter básico de la Ley de Contratos del Sector Público y debe adjudicarse mediante los procedimientos en ella regulados que resulten adecuados a su importe y características.

SEGUNDA.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando un contrato de gestión de servicios públicos comprenda la ejecución de obras, es preceptiva la previa elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con anterioridad a su licitación y adjudicación.

TERCERA.- De la regulación de los contratos menores en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y de la dicción literal del art. 95.1 del citado Texto, nada hace concluir la posibilidad de exigencia de garantía definitiva en la contratación menor.