

INFORME 9/2006, DE FECHA 26 DE MARZO DE 2007. CONTRATO DE ABSTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SERVICIO DE ALCANTARILLADO CON INFRAESTRUCTURAS. IMPOSIBILIDAD DE ADJUDICAR LAS OBRAS DEL AVANCE DEL PLAN DIRECTOR AL CONCESIONARIO DEL SERVICIO. OBRAS DE LICITACION INDEPENDIENTE.

ANTECEDENTES

Con fecha 28 de diciembre de 2006 ha tenido entrada en esta Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe a tenor de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, del Gobierno Valenciano, suscrito por el Alcalde del Ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna, con el siguiente tenor literal:

“Este Ayuntamiento ha adjudicado recientemente el contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado. Dicha concesión lo es en la modalidad contemplada en el apartado 2 a) del artículo 114 del Reglamento de Servicios de las Entidades Locales y 158.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir que comprende la ejecución de obras.

El Ayuntamiento previamente a la licitación aprobó los pliegos de s administrativas particulares, el proyecto de explotación del servicio y 5 anteproyectos de obras que se consideraron por los servicios técnicos municipales como necesarias. Dado que las empresas licitadoras presumiblemente iban a ser empresas con amplia experiencia en el sector se estableció en el pliego que las mismas presentaran un Plan Director del Servicio en el que las empresas debían de incluir diagnóstico del sistema actual de abastecimiento y saneamiento, así como propuestas de actuación con planificación y programación de las actuaciones. Así pues, conforme a la decimoquinta, apartado 3 del pliego de s administrativas particulares – en adelante PCAP-, los licitadores debían incluir en el avance del Plan Director del Servicio que habían de acompañar a la proposición, las obras y otras inversiones que consideraran debían realizarse para optimizar el servicio. Había que incluir programa de ejecución, estimación de presupuesto, plazo de amortización y tipo de interés anual al que se comprometían a financiar las obras. Dicho interés se aplica tanto a la financiación de las obras incluidas en el Plan Director como para las obras incluidas en los 5 anteproyectos. Conforme al apartado 6 de dicha, los proyectos técnicos necesarios para la realización de las obras e inversiones, incluidas en el Plan Director, serán realizados por el concesionario a su costa, salvo que el Ayuntamiento decida encargarlos a sus servicios técnicos o contratar asistencia técnica para su elaboración. La ejecución de las obras, la decidirá el Ayuntamiento en todo caso y se realizará por alguna de las formas previstas en la legislación vigente, pudiendo optar el Ayuntamiento entre que las ejecute el concesionario, realizarlas el Ayuntamiento por administración o contratarlas con terceros por el procedimiento legalmente establecido. En el caso que decida el Ayuntamiento contratar con un tercero será el concesionario quien abone al Ayuntamiento el coste de las obras, a fin de que éste pueda pagar al contratista adjudicatario de las mismas. El apartado 7 de la repetida cláusula establece que de los costes de las obras e inversiones a cargo del Ayuntamiento, que realice o financie el concesionario (las de los 5 anteproyectos y las que ejecute el concesionario de entre las incluidas en el Plan

Director) se resarcirá éste, durante la vigencia del contrato, por alguna de las formas establecidas en la undécima, siendo la fórmula más probable la de incrementar las tarifas del servicio.

Por el equipo de gobierno de este municipio se entiende que el contrato adjudicado incluye además de la explotación del servicio de agua potable y alcantarillado y de las obras necesarias para garantizar la regularidad y continuidad del servicio comprendiendo en estas tanto las incluidas en los cinco anteproyectos como las incluidas en el Plan Director, ya que si bien de estas últimas no se expuso previamente a la licitación del contrato el anteproyecto de las obras, sí que existía una previsión genérica en el proyecto de explotación (en concreto en el pliego de prescripciones técnicas particulares –en adelante PPTP–, en especial en su artículo 13) y en las primera y decimoquinta del PCAP y además sí se previó la fórmula de compensación económica al concesionario por la ejecución de las obras, siendo objeto de licitación el tipo de interés al que se comprometía a financiar todas las inversiones, tanto las que se habían considerado necesarias por el Ayuntamiento (las incluidas en los 5 anteproyectos) como de las que se demandaba a los licitadores que propusieran en un documento, avance del Plan Director, que era objeto de valoración (el 20 por 100 de la puntuación total) en el concurso convocado. El hecho de que el Ayuntamiento contemplara la posibilidad de contratar las obras con un tercero se debió fundamentalmente a la posibilidad de que alguna obra fuese subvencionada en parte por otra administración pública. A juicio de esta Alcaldía para resolver la presente cuestión debe tenerse en cuenta la flexibilidad con la que la jurisprudencia interpreta la normativa aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos, por ejemplo el cumplimiento del requisito de la ejecución del 20 por 100 del contrato para aplicar la revisión de precios. También debe considerarse que se trata de la gestión de un servicio público esencial y que se trata de un contrato de los llamados de 'tracto sucesivo' en los que es fundamental el mantenimiento del servicio en las debidas condiciones para lo que se requiere cierta agilidad.

Dada la complejidad del asunto y que se trata de aplicar una normativa reciente sobre cuya interpretación aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo, es por lo que se solicita informe de esa Junta sobre la legalidad de la ejecución por el concesionario de las obras no incluidas en los cinco anteproyectos pero sí en el Plan Director presentado por el adjudicatario del contrato dentro del procedimiento de adjudicación del mismo. Se acompaña copia del PCAP y del PPTP."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El examen de la cuestión fundamental que plantea el Ayuntamiento consultante obliga a esta Junta a poner de manifiesto determinadas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, para centrar el objeto de la respuesta que se solicita de este órgano.

1. Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

La primera, relativa al objeto de la contratación, define éste como "la gestión indirecta del servicio Municipal de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna... "También constituye el objeto del presente contrato la gestión y ejecución, en su caso, de las obras inherentes de los servicios mencionados, la cuales se definen en los anteproyectos siguientes"... Con el presente contrato se pretende que los servicios de agua potable y

alcantarillado se continúe gestionando por empresa especializada en la gestión de los mismos, así como la ejecución de las obras necesarias para garantizar la regularidad y continuidad del servicio.”

La Cláusula Decimoquinta relativa a la “Ejecución de las obras”, en su apartado 4 estipula :“Los licitadores incluirán en el avance del Plan Director del Servicio que han de acompañar a la proposición, las obras y otras inversiones necesarias que consideren deben realizarse para optimizar el servicio. Deberán incluir un programa de ejecución, estimación del presupuesto, plazo de amortización y tipo de interés anual al que se comprometen a financiar las obras. Dicho interés se aplicará tanto a la financiación de las obras incluidas en el Plan Director como para las obras incluidas en los 5 anteproyectos.”

Asimismo el apartado 6 de la citada Cláusula indica :” Los proyectos técnicos necesarios para la realización de las obras e inversiones reseñadas en los dos párrafos anteriores,- incluye las del Plan Director- serán realizadas por el concesionario a su costa, salvo que el Ayuntamiento decida encargarlos a sus servicio técnicos o contratar asistencia técnica para su elaboración. La ejecución de las obras, la decidirá el Ayuntamiento en todo caso y se realizará por alguna de las formas previstas en la legislación vigente, pudiendo optar el Ayuntamiento entre que las ejecute el concesionario, realizarlas el Ayuntamiento por administración o contratarlas con terceros por los procedimientos legalmente previstos (el subrayado es nuestro).

Finalmente el apartado 8, in fine, señala “la ejecución de las obras objeto del presente contrato (tanto las incluidas en los 5 anteproyectos como las que se incluyan en el Plan Director...) se regirá por lo establecido en el presente pliego, en el PPTP de la concesión, en el PPTP del respectivo proyecto, por las normas reguladoras del contrato de concesión de obra públicas, (el subrayado es nuestro) del contrato de obras y demás normativa que resulte de aplicación...”

La Cláusula Trigésima, relativa a los criterios de adjudicación, incluye como un criterio con una ponderación del 20% “C. Avance del Plan Director del servicio”: Avance que debería contar los extremos señalados en el Artículo 13 del PPTP.

2. Del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares

Su Artículo 13, antes citada, describe los trabajos comprensivos de la presentación del Plan Director:

“1.- El concesionario presentará en su oferta y visto el estado actual de la redes del Servicio Municipal de Abastecimiento de Agua Potable y Alcantarillado un Avance de Plan Director del Servicio, el cual deberá contener como mínimo los siguientes apartados:

- 1.- Antecedentes
- 2.- Aspectos descriptivos
- 3.- Diagnóstico del sistema actual de abastecimiento de agua potable.
- 4.- Diagnóstico del sistema actual de saneamiento
- 5.- Propuestas de actuación y justificación de las mismas
- 6.- Planificación y programación de las inversiones.

2.- El concesionario, en un plazo no superior a 6 meses después de la adjudicación, confeccionará un Plan Director del Servicio en desarrollo de su Avance ofertado y con las modificaciones que el

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanar, 14 - 4ª K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

Ayuntamiento interese introducir, cuya finalidad es análisis y diagnóstico del sistema actual y la resolución de las necesidades futuras, proponiendo justificadamente actuaciones, además de las programadas, que optimicen y mejoren dicho servicio, el cual deberá contener como mínimo los siguientes apartados:

- 1.- Antecedentes
- 2.- Aspectos descriptivos
- 3.- Modelización matemática de la red de abastecimiento de agua potable
- 4.- Modelización matemática de la red de saneamiento
- 5.- Diagnóstico del sistema actual de abastecimiento de agua potable
- 6.- Diagnóstico del sistema actual de saneamiento
- 7.- Propuestas de actuación
 - 7.1.- Inversiones previstas:
 - *Adaptación al R.D. 140/03: maniobra, sectorización, mallado y drenaje de la red de agua potable.*
 - *Adaptación al R.D. 140/03: sustitución de acometidas domiciliarias de plomo por polietileno en la red de agua potable.*
 - *Colector de aguas pluviales Portalet-Cambro*
 - *Mejoras de los puntos de vertido al río Vaca de los colectores de aguas pluviales.*
 - *Nave almacén en el polígono industrial "el Golfo"*
 - 7.2.- Inversiones propuestas.
- 8.- Plan de control de vertidos
- 9.- Resumen económico y cronograma de inversiones
- 10.- Documentación complementaria"

Del examen del clausulado transcrito y de la legislación y la jurisprudencia, esta Junta realiza las siguientes consideraciones:

Nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios que lleva aparejada la realización de infraestructuras por el concesionario, regulado en el art. 154 y ss. del Texto Refundido de la Ley de contratos de las administraciones Públicas y más concretamente en los artículos 158 y 159 del citado texto legal.

De la lectura de la cláusula primera del pliego de cláusulas administrativa, esta Junta no puede menos que afirmar que el propio objeto de dicha contratación es la explotación del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado y de las obras incluidas en los cinco anteproyectos que acompañan a la licitación. Obras que además de estar claramente definidas en esta cláusula, cumplen con la legislación de contratos y más concretamente con el art. 158 que obliga a la administración a presentar el anteproyecto de explotación y, el correspondiente a las obras necesarias.

La interpretación a la que conduce al Ayuntamiento consultante a considerar .." se entiende que el contrato adjudicado incluye además de la explotación del servicio de agua potable y alcantarillado y de las obras necesarias para garantizar la regularidad y continuidad del servicio comprendiendo en estas tanto las incluidas en los cinco anteproyectos como las incluidas en el Plan Director, ya que si bien de estas últimas no se expuso previamente a la licitación del contrato el anteproyecto de

las obras, sí que existía una previsión genérica en el proyecto de explotación (en concreto en el pliego de prescripciones técnicas particulares –en adelante PPTP-, en especial en su artículo 13)”;

nos merecen la siguiente reflexión:

1º.- Carácter y naturaleza del Avance del Plan director

El Ayuntamiento no ha contemplado en el apartado referente al objeto del contrato, sino en el que hace referencia a la “ejecución de obras”, un estudio y diagnóstico de la situación actual. Este estudio, que se requiere de los licitadores y al que se le otorga un importancia a la hora de valorar las proposiciones, podría haberlo realizado el Ayuntamiento con sus propios medios o recurrir a la externalización mediante un contrato de de consultoría y asistencia. El Ayuntamiento opta por su inclusión al licitar el contrato de gestión de servicios públicos genérico como un “Avance.” Este Avance dará lugar a la redacción del Plan Director que deberá aprobar el Ayuntamiento, pudiendo incluso ser modificado.

Del artículo 13. del pliego de prescripciones técnicas no se puede deducir que el mismo contenga las bases mínimas sustitutivas de ningún anteproyecto, puesto que como hemos puesto de manifiesto, da lugar a un documento previo que en sí no tiene más valor que la futura redacción y aprobación del Plan director *obligando al concesionario a su costa a la redacción de los proyectos técnicos de las inversiones que justificadamente hayan propuesto en su Plan director (deberíamos entender avance) y hayan sido aprobadas por el Ayuntamiento. (Artículo 14 del Pliego de Prescripciones técnicas particulares)*

La legislación en materia de contratos exige cuanto menos en todo momento la presentación del anteproyecto de obras, y no sólo en este tipo de contratos. Puede verse el art. 125 del TRLCAP respecto del contrato de elaboración conjunta de proyecto y obra y el art. 228 respecto de la concesión de obra pública.

2ª.- Redactar el Avance y Plan director no faculta para realizar las obras incluidas en el mismo.

La ejecución de las obras comprendidas en el Plan director, una vez aprobado, se rigen por las disposiciones correspondientes al contrato de obras, que solamente en el supuesto excepcional y con los requisitos tasados del art. 125 se puede encomendar al mismo contratista. Supuesto que en presente caso no se da, pues nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos con obras de los regulados en el art. 154 y ss del TRLCAP.

Es reiterada la Jurisprudencia que impide que el redactor de un plan, sea a iniciativa propia o a iniciativa de la administración, por ese mero hecho, pueda erigirse en adjudicatario de las obras. Se trata de dos contratos netamente diferenciados, y por tanto las obras deberán regirse por el contrato de obras, sin que en ningún modo la financiación a priori de estas obras por el contratista impida el carácter oneroso del contrato.

En este sentido se han manifestado las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 12 de julio de 2001 en el Asunto C-399/98, y del Tribunal Superior de Justicia de

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanás, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

la Comunidad Valenciana de fecha 1 de octubre 2002 y de 31 de enero de 2003, respectivamente. En estos supuestos la cuestión se plantea respecto la redacción de un plan de urbanización y posterior ejecución de las obras del plan. Esta jurisprudencia distingue que estamos ante dos contratos distintos, la redacción es un contrato de servicios en la normativa comunitaria y de asistencia y consultoría en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. La ejecución de las obras previstas en el plan es un contrato diferenciado de redacción del plan, es contrato de obras. En ambos casos los Tribunales dictaminan que el mero hecho de ser titular de una licencia o redactor de un plan no habilita para directamente realizar las obras o resultar adjudicatario de su ejecución.

3ª.- Inaplicación del contrato de concesión de obra pública

A este respecto esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse en su Informe 3/2004, de 11 de marzo de 2004, relativo a la aplicación de la Ley reguladora del contrato de concesión de obra pública al servicio de abastecimiento de agua potable y sus infraestructuras para la mejora de dicho servicio y particularmente la remisión que el art. 158.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas hace al contrato de concesión de obra pública. Efectivamente, argumentaba esta Junta:

“El art. 158.2 del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas remite al contrato de concesión de obra pública en aquellos supuestos en los que la gestión del servicio lleve aparejadas obras.

Ahora bien, ¿por qué de esta remisión? La contestación nuevamente la encontramos a la luz de las normas comunitarias y, más concretamente, en el hecho de la no regulación del contrato de gestión de servicios públicos en el ámbito de las directivas de contratación pública, lo que supondría en cualquier caso la ausencia de los requisitos de publicidad comunitaria y, por tanto, las obras accesorias a la gestión del servicio en cuestión quedarían asimismo exentas de tal publicidad cuando por razón de su cuantía superen el umbral comunitario.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en cumplimiento de la Directiva 93/37/CEE, introducía en sus artículos 130 a 134 la figura concesional como una forma secuencial de contrato mixto de obras, como objeto principal y directo del contrato, y, como contraprestación al adjudicatario por su realización, la gestión de los servicios que la Administración establezca para el ejercicio del derecho de explotación de dichas obras. En cualquier caso, el contrato de concesión quedó definido como un contrato público que tiene por objeto la ejecución de obras, en el sentido de las directivas europeas.

En este punto, en ningún caso debemos considerar que la naturaleza y tipología del contrato debe quedar desvirtuada por la remisión al contrato de concesión de obra pública, sino que es el objeto principal del contrato, de forma que el mero hecho de la ejecución de obras para la gestión de un servicio público, si estas son accesorias del objeto principal no pueden en modo alguno alterar la calificación. “

A mayor abundamiento, en el Informe de referencia, esta Junta señalaba respecto de la aplicación del contrato de concesión de obra pública al servicio de abastecimiento de agua potable con

CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO
Junta Superior de Contratación Administrativa
Avellanas, 14 - 4º K
46003 VALENCIA
Tel. 963.98.50.80
Fax. 963.98.50.90

infraestructuras, que difícilmente podemos asimilar el contrato objeto de consulta, que tiene por finalidad el abastecimiento domiciliario de agua potable, al contrato de concesión de obras públicas regulado en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por las consideraciones anteriormente señaladas. Además, es evidente y palmario que la gestión del agua, con la consiguiente satisfacción de los intereses de la colectividad, es un servicio público por su propia naturaleza (art. 26.1 y 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local). Las obras que, para la propia gestión y mejora del servicio, puedan ejecutarse o requerirse no deben desvirtuar tal carácter.

Por tanto, debemos concluir que en cualquier caso serán de aplicación la legislación de régimen local que rige el servicio concreto y, en su caso, aquellas normas que hubieren dictado las comunidades autónomas, y las normas que regulan el contrato de gestión de servicios públicos contenidas en el TRLCAP y en su Reglamento general, en cuanto a la contratación del mismo."

Asimismo la jurisprudencia ha dado una clara respuesta a esta cuestión. En esta línea el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 19 de abril de 1994 en el 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. "*Esta interpretación se ve corroborada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En efecto, según el decimosexto considerando de ésta, de la Directiva 71/305 se desprende que un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que, cuando dichas obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras.*

Procede, pues, responder a la primera cuestión que un contrato mixto cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305, si la ejecución de las obras sólo tiene un carácter accesorio respecto de la cesión de bienes".

También el Tribunal Supremo, con anterioridad a esta norma a la ley concesional, en Sentencia de 13 de abril de 1992 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), indicaba: "*En el contrato de gestión de un servicio público, el objeto no es propiamente la realización de obras (reforma, reparación, conservación o demolición de bienes inmuebles), sino que lo que constituye su objeto es la gestión de un servicio. La modalidad clásica de gestionar ha sido la concesión, aunque modernamente, la fórmula que suele defenderse frente a la técnica concesional, es la figura denominada «gestión interesada» (sin perjuicio de que se acuda a otras fórmulas como el «concierto», el «arrendamiento» o la «sociedad de economía mixta»)".*

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La ejecución de obras del plan director del servicio de agua potable y alcantarillado del Ayuntamiento de Tavernes de la Valldigna, debe ser objeto de licitación en aras al principio de igualdad y libre concurrencia, sin que puedan encomendarse al adjudicatario del servicio público

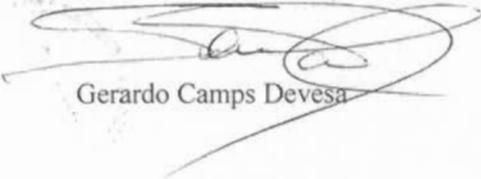
por el mero hecho de haber sido seleccionado su Avance del Plan director y posterior redacción por el mismo del Plan director definitivo.

SEGUNDA.- La naturaleza y tipología del contrato es la de un contrato de gestión de servicio público con ejecución de infraestructuras; limitadas éstas a los cinco anteproyectos que acompañan a licitación.

TERCERA.- No es aplicable la legislación relativa al contrato de concesión de obra pública al presente contrato, dado que el mero hecho de la ejecución de obras para la gestión de un servicio público, si estas son accesorias del objeto principal no pueden en modo alguno alterar la calificación de contrato de gestión de servicios públicos.

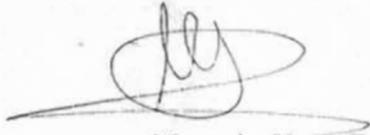
El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha
26 de marzo de 2007