

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5-1ª Planta
46001 VALENCIA
Tel. 961922109

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 13/2014

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
Mª 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

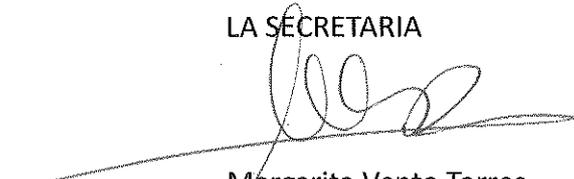
PRIMERA.- La contratación de la ejecución de obras para el funcionamiento de un servicio público gestionado en régimen de concesión, que no se encuentren expresa y detalladamente relacionadas y comprendidas en el correspondiente contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra sometida a las normas 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.

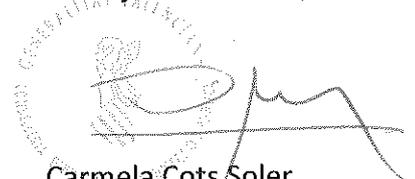
El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá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

LA SECRETARIA


Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)


Carmela Cots Soler

VICEPRESIDENTA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 17 de
febrero de 2015.