

INFORME 3/2007 DE 18 DE OCTUBRE DE 2007. MODIFICACION CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. ALTERACION SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES ESENCIALES DEL CONTRATO. NECESIDAD DE NUEVA LICITACION

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de julio de 2007 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe por el Ayuntamiento de Montserrat (Valencia) con el siguiente tenor literal:

“ El Ayuntamiento Pleno, en sesión celebrada el pasado día 27 de febrero de 2007, adoptó acuerdo por el que se aprueba la modificación del contrato de concesión del servicio de agua potable, suscrito entre este Ayuntamiento de Montserrat y la empresa Aquagest Levante S.A.

Que esta Alcaldía, tiene interés en conocer la opinión mediante informe de esa Junta Superior de Contratación de Contratación de la Generalitat Valenciana, por lo que les solicita informe sobre el acuerdo que se indica en el punto anterior, a cuyos efectos se remite la documentación adjunta, según su propio índice.

En el caso de ser necesaria cualquier otra información o ampliación de la documentación que se les traslada, pueden ponerse en contacto con el Sr. Secretario de este Ayuntamiento por teléfono, y correo electrónico montserrat_sec@gva.es.

Lo que les traslado, para su conocimiento y efectos oportunos.”

A la solicitud de referencia se acompaña la siguiente documentación:

I.- ANTECEDENTES A LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO:

- I. 1.- Certificación Acuerdo Pleno de Desistimiento de la Municipalización del Servicio.
- I. 2.- Relación de correos certificados de los que presentaron alegaciones a la Municipalización, sólo, a título de representantes.

II. CONTRATO MODIFICADO. (Integra: propuesta y acuerdo Pleno).

III. ACTOS POSTERIORES A LA MODIFICACIÓN:

- III. 1.- Edicto publicado del acuerdo adoptado.
- III. 2.- Resolución del Director General de Industria y Comercio, por la que se aprueban las tarifas propuestas en la modificación del contrato, para el año 2007.

Posteriormente, con fecha 11 de septiembre tuvo, asimismo, entrada en esta Secretaría escrito adicional al presentado en fecha 27 de julio en el que se concreta:

“ ASUNTO: Consulta sobre modificación del contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua.

ORGANISMO: AJUNTAMENT DE MONTSERRAT.

El 25 de julio de 2007, con Registro de Salida de este Ayuntamiento número 3432, se remitió escrito a ese Organismo, en referencia al asunto indicado. A continuación se concretan las cuestiones que se les plantean.

El Ayuntamiento de Montserrat adjudicó a la mercantil 'Aquagest, Promoción Técnica y Financiera de Abastecimientos de Aguas, S.A.' la concesión del servicio de agua potable de Montserrat, mediante concurso por el procedimiento abierto, en fecha 28 de octubre de 1997. La adjudicación dio lugar al contrato entre el Ayuntamiento y Aquagest Levante S.A. que se perfeccionó con fecha de 8 de enero de 1998.

Posteriormente, en el presente año 2007, por fundamentadas razones de interés público basadas en nuevas necesidades, se ha planteado una modificación del contrato en el ámbito territorial y en el ámbito temporal, modificando también el régimen económico-financiero de la concesión y las tarifas, con el objetivo de alcanzar una tarifa única y una única empresa concesionaria en todo el ámbito territorial del término municipal.

En concreto, se ha planteado la modificación de los siguientes artículos:

- Art. 1: Objeto del contrato.*
- Art. 2: Bienes afectos.*
- Art. 7: Régimen económico-financiero de la concesión.*
- Art. 9: Tarifas del servicio.*
- Art. 11: Duración del contrato.*

Además, se han establecido dos disposiciones adicionales para regular la redacción de un Plan Director y la subrogación del Ayuntamiento en la posición del concesionario en los contratos privados que éste ha suscrito con otras empresas privadas con objeto de alcanzar los objetivos territoriales y tarifarios definidos.

Todo ello, ha suscitado la duda de si es procedente la modificación del contrato o por el contrario se debe acudir a una nueva licitación, por lo que se ha decidido plantearles la cuestión en los siguientes términos:

- Posibilidad de modificación del contrato, teniendo en cuenta que se dispone de acuerdo con la empresa concesionaria, y condiciones que se han de cumplir para no tener que realizar una nueva licitación.*
- Alcance de las modificaciones que se pueden llevar a término en un contrato de concesión del servicio de abastecimiento de agua potable, sin que sea preceptiva una nueva licitación (duración, ámbito territorial, régimen económico, etc.).*

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para saludarles, agradeciéndoles de antemano la atención prestada.”

Con fecha 12 de septiembre de 2007 se recibe en esta Secretaria el Pliego de condiciones económico-administrativas, técnicas y jurídicas que rigen la contratación, cuya modificación se aprobó.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión planteada por el Ayuntamiento de Montserrat no es baladí, pues viene siendo, lamentablemente, común, que por vía de modificación de contrato en aras al interés general y nuevas necesidades, se produzcan alteraciones sustanciales de lo inicialmente licitado y adjudicado, transgrediendo así los principios de publicidad y concurrencia informadores de la contratación pública.

El art. 164 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso concreto objeto de consulta, y con idéntica redacción, el art. 163 del Texto Refundido 2/2000 faculta a la Administración la modificación por razones de interés público de las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Las modificaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, en general, requieren de un análisis profundo que, cuanto menos, es imprescindible para comprender su posibilidades y su limitación.

Así hay que establecer en general los siguientes criterios:

1º.- Si bien la legislación de contratos establece la libertad de pactos, no es menos importante que dicha libertad viene limitada por el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración.

2º.- Las modificaciones deben estar previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares siempre y cuando no afecten a elementos sustanciales del contrato. Por tanto será dicho pliego el que en base a nuevas necesidades prevea en qué casos podrá modificarse el contrato para atender adecuadamente la finalidad de la contratación.

En el caso que nos ocupa, es claro que servicios básicos y esenciales para la población y de competencia de los municipios en virtud del art. 25.1 de la LBRL, demandan de posibles modificaciones en las características del servicio para la mejor prestación y ello puede afectar, tanto a mejora de infraestructuras, como aumento de población, etc. Si bien, cómo se ha señalado anteriormente, esta previsión debe configurarse ab initio en los pliegos que rigen la contratación, y, en ningún caso, podrán extralimitar aspectos esenciales de lo licitado y adjudicado, en detrimento del principio de libre concurrencia y publicidad.

En efecto, tal y como sentenció el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto C-496/99 "CAS Succhi di Fruta:

," los poderes adjudicadores están obligados a cumplir lo establecido en los documentos de licitación durante toda la duración del contrato con el adjudicatario. Si los poderes adjudicadores desean poder modificar algún aspecto del contrato, por razones especificadas, después de su celebración con el adjudicatario, deben haberlo indicado así en el pliego de condiciones del contrato, y haber establecido el procedimiento para la introducción de tales modificaciones. Al mismo tiempo, los poderes adjudicadores no pueden alterar con esas modificaciones la estructura esencial de contrato, ni una condición que, de haberse incluido en el anuncio de licitación, hubiera permitido a los licitadores presentar ofertas sustancialmente diferentes.

El artículo 101 del la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas, y su actual redacción en el art. 102 del TRLCAP, autorizan a los poderes adjudicadores a modificar el

contrato con posterioridad a su adjudicación y perfeccionamiento por razones de interés público debidas a nuevas necesidades o causas imprevistas. Según ha comunicado la Comisión Europea en informe al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de fecha 12 de diciembre de 2006, en relación con esta disposición (art. 202 en el anteproyecto)

“ esta disposición no impone ninguna limitación a la entidad o al alcance de las modificaciones. Éstas pueden variar las condiciones esenciales de la licitación o el objeto mismo del contrato. No existe tampoco la obligación de que los poderes adjudicadores comuniquen de antemano a los licitadores los posibles cambios, las razones específicas que los motivan o el procedimiento para incorporarlos al contrato. Por lo que se refiere a las «necesidades nuevas», ninguna disposición de la Directiva autoriza a los poderes adjudicadores a modificar un contrato ya celebrado por esa razón. En cuanto a las «causas imprevistas», ello debe interpretarse de manera objetiva, y la posibilidad de modificar el contrato y el alcance de las modificaciones deben encuadrarse en las limitaciones establecidas en el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE. Estas disposiciones reconocen que las modificaciones pueden alterar sustancialmente el objeto del contrato público o la concesión, y otorgan al contratista o concesionario el derecho a resolver el contrato si ello sucediera.

Por su parte es reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los contratos de gestión de servicios públicos y, en general, en la contratación administrativa de la inmutabilidad del contrato «ex lege» y la exigencia de estimar las estipulaciones que lo contengan con un espíritu restrictivo que excluye interpretaciones analógicas o ampliaciones no previstas expresa y categóricamente.

Igualmente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración general del Estado, reitera esta doctrina restrictiva en el contrato de gestión de servicios públicos, véase el Informe 18/06, de 20 de junio:

“Por lo que respecta, ya no a la prórroga, sino a la modificación del contrato, parece oportuno remitirse a los criterios de esta Junta reflejados en el informe de 12 de marzo de 2004 (expediente50/03) y los que en el mismo se citan, expuestos en el sentido negativo en relación con la posible modificación de los contratos de gestión de servicios públicos por las siguientes razones: En primer lugar el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados y que parte de los requisitos formales a que se sujetan tiene su reflejo en los artículos 101, con carácter general, y 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para el contrato de gestión de servicio público, ligando ambos la posibilidad de modificación a razones de interés público, expresando el primero que “una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente el expediente” y el segundo –el artículo 163- en el mismo sentido que “la Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (Informe

de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00”.

Carácter sustancial de las modificaciones aprobadas

a.- Objeto del contrato. Ámbito territorial y bienes afectos

De conformidad con el pliego de condiciones económico administrativas y técnicas objeto de licitación y adjudicación,

“ A todos los efectos de aplicación del presente pliego de condiciones se entenderá que esta concesión engloba la gestión de las infraestructuras hidráulicas de titularidad municipal que componen el abastecimiento y distribución de agua potable del casco urbano del municipio, y cuya concreta delimitación se contiene en el Anteproyecto de Explotación que, como anexo, se une al presente Pliego formando parte integrante del mismo a todos los efectos.

Igualmente, el objeto de la concesión englobará cualesquiera otras infraestructuras hidráulicas de abastecimiento que, en el futuro, se incorporen al patrimonio municipal o se afecten a la prestación de los servicios objeto de la concesión, se ubiquen las mismas en la zona actualmente servida o en otras zonas del término municipal a las que se extienda la cobertura de los servicios.”

La modificación pretende ampliar el ámbito de la concesión a todo el término municipal, incluidas aquellas urbanizaciones que cubren sus necesidades por medio de AGUAS DE MONTSERRAT S.L. , según contrato de arrendamiento de servicios de fecha 10 de agosto de 2006 con la SOCIEDAD CIVIL DE REGANTES LA DOLOROSA En este punto hay que señalar que la empresa AQUAGEST LEVANTE, a este fin aporta contratos privados de prestación de servicios de agua con la mercantil AGUAS DE MONTSERRAT S.L. y contrato de arrendamiento con opción de compra de las infraestructuras de la SOCIEDAD CIVIL DE REGANTES LA DOLOROSA de fecha 5 de diciembre de 2006 junto con un contrato de ejecución de obras para la construcción de un depósito de agua en parcela de propiedad de MANTENIMIENTOS TORRENT S.L., esta última presta los servicios de abastecimiento de agua sólo a los socios y abonados que son propietarios de los campos de producción agrícola y contrato de suministro de agua en alta, que en definitiva es un contrato de “venta de agua”.

llama la atención que la modificación acordada en este punto establece una disposición adicional en la que el Ayuntamiento de Montserrat se subrogará en los contratos privados suscritos con las entidades mencionadas.

Además de suponer un drástico cambio en el objeto de la concesión, por el que el régimen económico y el tarifario se verán asimismo afectados, supone una alteración de las condiciones del Pliego de condiciones administrativas, económicas y técnicas por cuanto éste establece que se entiende por bienes afectos *“ todos los bienes e instalaciones de titularidad municipal a los que, se ha hecho referencia en el artículo primero de este pliego, así como aquellos otros que el concesionario aporte con tal carácter para una mejor cumplimiento del objeto concesional, excepto los que se utilicen en régimen de alquiler o similar.”*

b.- Régimen económico-financiero de la concesión. Tarifas.

Evidentemente, dada la modificación del objeto del contrato, el régimen de tarifas ya no puede ser el mismo que inicialmente prevé el pliego de condiciones económico administrativas y

técnicas, puesto que se han incorporado todos los usuarios indicados en el apartado a) del presente informe. Lo cual, evidentemente, lleva implícita la connotación que viene argumentando esta Junta a lo largo de este informe, y es un cambio sustancial que deviene del objeto del contrato.

c.- Duración del contrato.

En este apartado llama la atención de esta Junta que el contrato se suscribe inicialmente por 4 años, con prórrogas iguales hasta 75 años, (art. 158 de la Ley 13/95 de Contratos de las Administraciones Públicas) máximo permitido por esta legislación aplicable en la fecha, es decir, y que la modificación pretendida establece que la duración del contrato será de 40 años desde la firma de la misma.

Dos son las advertencias que cabe a hacer; en primer lugar, el contrato inicialmente aprobado infringe manifiestamente la ley, puesto que rompe con el principio general que las prórrogas no pueden superar el plazo inicial de ejecución. Así, si este era de 4 años, la prórroga sólo podría haberse establecido por cuatro años más. Por el contrario, el pliego de condiciones económico administrativas y técnicas, establece prórrogas sucesivas de 4 años hasta llegar a los 75 años.

Con lo cual, strictu sensu, el contrato habría finalizado el 8 de enero de 2006, debiéndose haber licitado nuevamente, vemos pues otra irregularidad notoria, que no siendo suficiente por si misma se ve incrementada por la modificación del contrato en su plazo, contrato que ya habría vencido, en 40 años.

Redacción del Plan director. Subrogación en los contratos privados .

Establece el documento aprobado que en el plazo de seis meses siguientes a partir del primer año desde la firma del presente "Texto Refundido", el concesionario deberá redactar un Plan de Infraestructuras hidráulicas que deberá establecer:

- 1) mecanismos necesarios para la optimización y mejora de los recursos disponibles en todo el término municipal fijándose las inversiones que deban acometerse y la forma de financiación.
- 2) *la posible adquisición de pozos y captaciones existentes o futuros en el término municipal de Montserrat.*

De conformidad con el pliego de condiciones de la licitación inicial, el Plan director se solicitaba como "proyecto" en la documentación técnica que debía presentar el licitador en su proposición. Comprenderá el Ayuntamiento consultante que, evidentemente, si estamos ante una modificación que no responde a los principios básicos de la contratación pública, es obvio que este proyecto de plan director con las nuevas necesidades deba ser objeto de la documentación a requerir a los futuros licitadores.

En cuanto a la subrogación de los contratos privados suscritos, esta Junta solo puede informar respecto a la modificación pretendida , es decir su contrariedad a derecho, por incluir bienes afectos no previstos en la contratación inicial y expresamente prohibidos en el pliego de condiciones .

De otra parte y teniendo presente la legislación especial en materia de aguas y la consideración de éstas de dominio público y por tanto sujetas a concesión, el ayuntamiento consultante debería, en cualquier caso, solicitar informe al órgano competente sobre los contratos privados suscritos con los concesionarios, y un tercero de arrendamiento de servicios y arrendamiento

con opción de compra y de suministro en alta de agua, es decir de venta de agua. Materia en la que esta Junta no puede entrar a valorar por no ser de su competencia.

En conclusión esta Junta de conformidad con la normativa vigente y en aras al cumplimiento de la legalidad, entiende que el Ayuntamiento consultante, deberá licitar el contrato de abastecimiento de agua potable en todo el termino municipal y con carácter previo a la licitación aprobar el nuevo anteproyecto de explotación; en su caso, el anteproyecto de las obras precisas y el estudio de económico financiero. Documentos estos de necesario acompañamiento a los pliegos administrativos y técnicos y legalmente imprescindibles para la convocatoria de la licitación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El acuerdo de pleno de fecha 27 de febrero de 2007 , así como la formalización de las modificaciones de fecha 18 de abril de 2007 del contrato de abastecimiento de agua potable son contrarias al ordenamiento jurídico al alterar elementos esenciales del contrato licitado y adjudicado; habiéndose por tanto vulnerado los principios de publicidad y libre concurrencia rectores de la contratación pública.

SEGUNDA.. - Las nuevas necesidades en el abastecimiento de agua potable deberán ser objeto de licitación. A mayor abundamiento, si tenemos en cuenta que el contrato inicial debería haber finalizado en fecha 8 de enero de 2006, pues cómo se ha indicado por esta Junta, el plazo de duración y sus prórrogas establecidos en el pliego de condiciones no son conformes a Derecho al haber establecido un plazo de prórroga superior al de ejecución.

TERCERA .- Previamente a la licitación , la preparación del expediente de contratación deberá ir acompañada de la documentación que prescriben el Art. 158 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 183 del 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

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 DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(p.a. Art.1.1.a) Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/7/200)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA en fecha
de 18 de octubre 2007