Informe 63/09, de 23 de julio de 2010. «Cuestiones afectas a la competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativas. Vinculación de la oferta al contrato».

Clasificación de los informes: 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.7. Otras cuestiones. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Santa Brígida se formula la siguiente consulta:

"De conformidad con lo dispuesto por el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y al amparo de lo previsto en su artículo 17, esta Alcaldía-Presidencia formula a la Junta Consultiva las presentes consultas de carácter general en relación con determinadas cuestiones que se plantean respecto de la interpretación que haya de darse al contrato en régimen de concesión administrativa de la gestión y explotación del servicio de abastecimiento de agua potable del municipio de Santa Brígida, del Pliego de bases que regula el concurso de concesión administrativa del servicio municipal de abastecimiento de agua domiciliaria, de la oferta presentada por la empresa E, por la que resultó adjudicataria del servicio y del Anexo II del contrato comprensivo de los depósitos existentes y su estado.

En virtud de Io expuesto, las consultas son las siguientes:

1° Uno de los depósitos, el de los Romeros, ha sufrido un derrumbamiento y esta Administración considera que compete a la concesionaria su conservación y mantenimiento y ello es así en virtud de los siguientes argumentos:

- Una constante y reiterada Jurisprudencia viene señalando que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha estarse siempre a lo que se consigne en él siendo de todo punto obligatorio para la Administración contratante, los licitadores y el contratista (por todas STS 6 de julio de 2004 [RJ 2004, 5101].

- En el Artículo 1.5 del "PLIEGO DE BASES PARA REGULAR EL CONCURSO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO MUNICIPAL DE ABASTECIMIENTO DE AGUAS domiciliaria" denominado "RÉGIMEN JURÍDICO", se inserta: "El régimen jurídico del presente concurso y de la concesión administrativa que del mismo resulte, será el establecido en la ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de Abril, que aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen Local, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y, en lo que no se oponga a lo anterior, supletoriamente, la Legislación de Contratos del Estado, sometiéndose las cuestiones litigiosas que surjan en su aplicación, ejecución e interpretación a los Tribunales competentes con jurisdicción en el lugar en el que la Corporación contratante tiene su sede".

La entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y todas las modificaciones posteriores hasta llegar a la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no son óbice para considerar vigente el régimen jurídico antes insertado. Es más, la LCAP establecía:

"Disposición transitoria primera. No reajuste de actuaciones.- Los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actuaciones ya realizadas". A sensu contrario, en los que sí se había producido la adjudicación, cual es el caso, no es de aplicación la citada.

Y también, la actual LCSP, con redacción más clarificadora, contempla:

"Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

...2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. "

- El objeto de la concesión viene delimitado en el artículo 1.1 del Pliego de Bases que la regula, siendo éste, y entre otros (apartado b):

"Mantenimiento y conservación de los depósitos y redes de distribución durante el período de concesión establecido, a fin de que al momento de la reversión al Ayuntamiento se encuentren en perfecto estado de uso y conservación, de conformidad a las condiciones exigidas en este pliego"

Quedan definidas las operaciones de mantenimiento y conservación:

"Por operaciones de mantenimiento, las necesarias para mantener en perfecto estado los solares, instalaciones civiles, mecánicas y eléctricas, subsanando cuantos desperfectos, averías o deterioros se produzcan como consecuencia de su normal funcionamiento y explotación.

-Por operaciones de conservación, las necesarias para preservar y/o reparar los depósitos, redes de distribución y cuantas instalaciones civiles, mecánicas y eléctricas se encuentre adscritas al servicio, de la acción destructiva del tiempo, del clima y de hechos o actos ajenos a la explotación, excepto los casos de fuerza mayor previstos en la ley de Contratos del Estado".

-El artículo 4.4 del Pliego de Bases (Obras de ampliación, renovación y mejora), refiere:

"... Se considerarán obras de ampliación, aquéllas que se refieran al cambio de sección de cañerías, construcción de obras de fábrica de nueva planta que no sean en sustitución de otras en estado inadecuado y las instalaciones que amplíen las captaciones, los depósitos o las redes de distribución.

- Como obligaciones del concesionario, en el artículo 5.3 del Pliego de Bases, se inserta:

*"5.3.1.- DE CARÁCTER GENERAL_*

Serán obligación del concesionario el adecuado uso de la infraestructura, manteniendo el buen estado de funcionamiento de las instalaciones que se le confían, y la prestación de un adecuado servicio domiciliario de abastecimiento de agua a los vecinos del municipio.

Tales obligaciones comprenden, entre otros, los deberes que seguidamente se relacionan:

a) El mantenimiento de depósitos, redes de distribución y de las instalaciones civiles, mecánicas y eléctricas en perfecto estado de conservación, de funcionamiento y limpieza..../

/... i) La reparación de desperfectos en edificios e instalaciones de la infraestructura necesarias para la prestación del servicio en concesión. "

- El artículo 127.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, establece las potestades que ostenta la Administración concedente, entre las que se encuentra en su apartado 2:

"2. Fiscalizar la gestión del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto del contrato, y dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación".

En atención a lo expuesto, esta Administración entiende que el mantenimiento y conservación de las instalaciones corresponde a la concesionaria y lo que solicitamos es que se nos informe sobre si dicha interpretación es correcta en atención a la documentación referida y que forma parte del expediente de contratación que nos vincula con la concesionaria.

2° La otra consulta es que si a la vista del pliego de Bases Reguladoras del Concurso de Concesión de Abastecimiento de Agua y los términos en que está redactada la oferta presentada, se entiende como lo hace esta Administración local que el canon no se encuentra vinculado a la propuesta de tarifas y no solo porque no se constata dicha vinculación expresamente, salvo el ofrecimiento por la empresa de realizar simulaciones, sino porque, además, en la cuenta de explotación no se incluía el mismo como coste, debiéndose tener en cuenta, igualmente, que en virtud del artículo 115.8 del RSCL se configura como la participación que ha de satisfacer el concesionario, es decir, que constituye la participación de la Administración en los beneficios del concesionario, debiendo de detraerse del beneficio obtenido y no como lo plantea la empresa concesionaria que es trasladarlo, vía tarifa, a los usuarios.

Y por otro lado, que en Oferta económica y modificaciones y mejoras al objeto del contrato de agua potable de Santa Brígida aportada por E se establece que hará efectivo por la concesión del Servicio Municipal de Abastecimiento de agua a favor del Excmo. Ayuntamiento de Santa Brígida un CANON anual desglosado en las siguientes partidas:

- Suministro gratuito de 20.000 m3/año de agua equivalente, al precio medio de 0,782 €/m3, a 15.640 €/año,

- Aportación económica de 0,12 € por m3, facturado y cobrado, lo que según las estimaciones del Excmo. Ayuntamiento, de facturar 938.965 m3/año, ascendería a la cantidad de 112,675,8 daño, si bien la estimación de facturación de E, en base a la cual se ha elaborado la presente oferta, asciende a la cantidad de 770.600 m^3/año de lo que se derivaría un CANON anual de 92,627,99 daño.

Igualmente se señala que el importe del CANON se revisará anualmente en el porcentaje positivo que corresponda al incremento medio de tarifas que fuera aplicable y en el porcentaje negativo que se derive de la aplicación de la fórmula de revisión del coste unitario del abastecimiento que se indicó en el apartado A.6.

Pues bien, pese al contenido de la oferta referido, las liquidaciones que se han practicado lo han sido calculando una aportación económica inferior al 0,12 € por m3, por lo que la consulta que se realiza es que si a la vista de lo comprometido por la concesionaria en su oferta se le puede exigir que la liquidación del CANON se calcule en atención a la aportación ofertada de 0,12 € con las revisiones igualmente propuestas por la misma, o bien nos vincula la cuantía de la última liquidación practicada.

Se adjunta a la presente los informes emitidos por el Técnico de Administración General y por la Interventora municipal en relación a las cuestiones planteadas".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta planteada por el Ayuntamiento de Santa Brígida se refiere a la interpretación de diversas cláusulas del pliego que rige la ejecución de la concesión del servicio de abastecimiento de aguas de la población. A la consulta se acompaña el texto de dos informes en derecho emitidos por la intervención municipal y por los servicios correspondientes del ayuntamiento. Asimismo se menciona la existencia de un informe técnico sobre la cuestión. Todos ellos abundan en la consideración de que las obras de reparación de un depósito que es preciso realizar deben ser de cargo del concesionario de conformidad con lo establecido en los documentos contractuales.

No se pronuncian, sin embargo, respecto de las otras dos consultas relativas al canon previsto en la concesión. La primera de ellas se refiere a si puede o no repercutir a los usuarios el canon a abonar por la concesionaria y la segunda relativa a la cuantía del mismo.

2. La primera de las consultas formuladas plantea la cuestión previa de si puede acudirse al informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para resolver cuestiones propias de un determinado contrato de las que no pueda extraerse un criterio general de aplicación a casos similares. Este es precisamente el caso planteado en la presente consulta en que se pide a la Junta que se pronuncie sobre la interpretación de determinadas cláusulas del pliego de condiciones que rige la concesión del servicio municipal de abastecimiento de aguas. El contenido de dichas cláusulas no responde a exigencias legales y, por consiguiente, no necesariamente ha de figurar en los pliegos que rijan la concesión del servicio municipal de abastecimiento de aguas en otros ayuntamientos.

Como consecuencia de ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no debe pronunciarse sobre los mismos habida cuenta de que no cumplen el requisito fundamental de ofrecer el suficiente interés desde el punto de vista general como para que se emita informe. Al respecto conviene recordar al Ayuntamiento consultante que la Junta no cumple funciones de asesoramiento jurídico para casos particulares de los posibles destinatarios, sino la de sentar criterio que sirva de base para la interpretación de las disposiciones legales en vigor sobre la materia.

Para el asesoramiento jurídico particular las Entidades Locales, como las restantes Administraciones Públicas, cuentan con sus propios servicios jurídicos.

3. Sentado lo anterior, y por lo que respecta a la cuestión planteada con relación a los costes de reparación de un depósito de agua debe indicarse que, además, ya cuenta la Entidad Local con el informe del técnico que los califica como gastos de mantenimiento y con el informe en derecho del servicio correspondiente que coincide con el ya emitido por los servicios técnicos. No parece adecuado, desde el punto de vista de los principios de colaboración administrativa, recurrir al dictamen de esta Junta para tratar de obtener un informe que discrepe o confirme los ya emitidos.

Al respecto ya la propia Junta Consultiva tuvo ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones (informes 62/96, 46/98 y 55/00), indicando que la naturaleza no vinculante de los informes permitía al órgano decisorio adoptar la resolución que considerara más adecuada a derecho sin necesidad de recurrir al informe de esta Junta Consultiva o de cualquier otro órgano capacitado para emitirlo.

En consecuencia, lo que procede hacer por parte del Ayuntamiento es adoptar la decisión que considere más acorde con el contenido del pliego puesto que ha contado con el suficiente asesoramiento tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.

4. Fuera del caso anterior, y con referencia a la segunda de las consultas planteadas, considera la Junta que afecta de forma directa a la correcta interpretación de la legislación de contratos públicos y, por consiguiente, entiende que debe emitir informe sobre ella.

En efecto la cuestión planteada se refiere a si el canon pactado puede o no repercutirse sobre los usuarios, cuestión para cuya solución debe atenderse a la interpretación de los documentos de la concesión (pliegos y documento concesional propiamente dicho), y a si la cuantía del mismo debe determinarse en función de lo dispuesto en el contenido de la oferta presentada por el concesionario o no.

La primera de las cuestiones afecta de modo exclusivo al contenido de los documentos que rigen la ejecución de la concesión por lo que ninguna relevancia desde el punto de vista general tienen. Baste con indicar que, en ausencia de normas específicas para la interpretación de los contratos administrativos deben aplicarse, al amparo de lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, los artículos 1281 a 1289, ambos inclusive, del Código Civil.

Es la segunda cuestión de las planteadas la que implica directamente a la legislación de contratos del sector público. Aunque la redacción de la consulta no es del todo clara, parece deducirse de la misma que la adjudicataria de la concesión incluyó en su oferta el pago de una cantidad determinada por cada m^3 facturado, sin haber tenido en cuenta esta cantidad a la hora de hacer el cálculo de la cantidad a abonar en el momento de hacer efectivo el pago del canon.

Así las cosas, parece que a juicio de la concesionaria la oferta que presentó en su día no tuviera carácter vinculante y pudiera modificarse unilateralmente por ella en el transcurso del tiempo de vigencia de la concesión. Por supuesto, nada más alejado de la correcta interpretación del sistema contractual. Los contratos, es doctrina universalmente admitida por lo que no precisa de más confirmación, son fuente de obligaciones entre las partes por lo que no cabe dudar del carácter de exigibles que para cada una de ellas tienen sus cláusulas. Ello significa, a su vez, que el contenido de cada cláusula no puede modificarse sino por la voluntad conjunta de ambas partes, es decir por mutuo acuerdo salvo que expresamente la Ley disponga lo contrario.

Este es precisamente el caso de las concesiones de servicios, y de los contratos administrativos en general, pues de conformidad con el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público *"una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente"*, precepto del que cabe deducir que sólo el órgano de contratación puede modificar el contrato y, precisamente, tan sólo cuando concurran las circunstancias expresadas en el mencionado artículo.

A mayor abundamiento, el artículo 193 de la misma Ley dispone que *"los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas"*.

De todo lo anterior resulta la obligatoriedad de que el adjudicatario del contrato, en este caso el concesionario puesto que hablamos de una concesión de servicios, observe en su ejecución estrictamente el tenor de las cláusulas entre las cuales, evidentemente, se encuentran las derivadas del contenido de su propia oferta.

Respecto de que la oferta del adjudicatario se incorpora al contrato como parte de las cláusulas del mismo no cabe dudar. Con independencia de que, por regla general, deberá ser recogida de forma expresa en el documento de formalización, es evidente que en el camino que lleva hasta la perfección del contrato confluyen las voluntades de las partes para concretar el contenido obligacional del mismo, expresándose a través de las condiciones de la licitación que formula el órgano de contratación, de la oferta de cada licitador y la aceptación definitiva de la oferta del adjudicatario mediante el acto de adjudicación.

Sentado lo anterior, y aceptando que la oferta del concesionario contenía una cláusula relativa a la incorporación al importe del canon de la cantidad ofertada por cada m^3 facturado,

es evidente que dicha cantidad debe ser abonada exactamente en los términos expresados en la oferta.

CONCLUSIÓN.

La oferta del adjudicatario forma parte del contenido obligacional de los contratos administrativos por lo que debe ser cumplida de forma estricta por el mismo.