

Informe 2/2018, de 7 de marzo de 2018, sobre sistema de revisión de precios y la procedencia del establecimiento de la tasa por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales a fin de mantener el equilibrio económico de la concesión realizada por una Mancomunidad de Municipios.

I – ANTECEDENTES

El Presidente de la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax (en adelante MMBA) solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“Esta Mancomunidad es titular de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales correspondiente a los términos municipales que la conforman, a saber: SANTA FE DE MONDUJAR, RIOJA, GADOR, PECHINA, BENAHADUX, VIATOR Y HUERCAL DE ALMERÍA, todos ellos de la provincia de Almería.

Ello de conformidad con el artículo 11 de sus Estatutos reguladores (BOJA de 21 de octubre de 2014), a saber:

Artículo 11. Competencias

1. La Mancomunidad gestionará los servicios correspondientes a los fines señalados en el artículo anterior por cualquiera de los medios establecidos por la normativa de régimen local, conforme a los artículo 85 y siguientes L.7/1985, y 10, 26 y siguientes, 63 y 65, y concordantes de la L.5/2010.

2. En este sentido:

a) Dispondrá la explotación y suministro de agua de los sondeos que figuran en el Pliego de la Concesión del Ciclo Integral del agua, conforme a la disposición adicional tercera, hasta los depósitos municipales respectivos y aprobará la ejecución de obras correspondientes al suministro de agua y la realización de nuevos sondeos, de precisar el servicio, saneamiento y tratamiento de aguas residuales, todo ello en los términos de la concesión del Ciclo Integral del Agua que se encuentra vigente.

En el año 2010 (contrato de fecha 16 de junio de 2010, con efectos desde el día 1 de agosto de dicho año) se adjudicó al contratista AQUALIA GESTION INTEGRAL DEL AGUA SA (hoy FCC AQUALIA S.L.) la concesión administrativa del CICLO INTEGRAL DEL AGUA EN EL ÁMBITO URBANO DE LA MANCOMUNIDAD, incluyendo los tres servicios esenciales antes referidos: abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de aguas residuales. El plazo de la concesión es de 25 años.

El Derecho aplicable viene constituido por:

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de tramitarse y adjudicarse la Concesión, sin serle de aplicación (en principio) el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de su Disposición Transitoria Primera: 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.



Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Estatutos de la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax (BOJA de 21 de octubre de 2014)

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigió la Licitación de la concesión del Ciclo Integral del Agua de la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax, Contrato administrativo y Oferta del Contratista.

Convenio de Colaboración Interadministrativa entre el Excmo. Ayuntamiento de Almería y la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax (Almería), que regula celebración de concierto, como modalidad de gestión de prestación de servicios públicos, para el uso compartido de agua procedente de la IDAM, depuración de aguas residuales en EDAR EL BOBAR y puesta a disposición de aguas subterráneas para otros usos.

PRIMERA: INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y TÉCNICAS QUE RIGE LA CONCESIÓN DEL CICLO INTEGRAL DEL AGUA, SOBRE REVISIÓN DE PRECIOS

Cláusula del Pliego objeto de Dictamen.

La cláusula 5.1 del Pliego establece en uno de sus apartados lo siguiente: “ Las tarifas y, en su caso, el resto de conceptos que cubren la retribución del concesionario se revisarán en los términos de los artículos 78 y 79 LCSP, y de conformidad con el presente pliego”.

La referencia, como es evidente, se hace a la Ley de Contratos del Sector Público, vigente cuando la adjudicación.

Por el contratista se solicitó aclaración a los términos de la referida cláusula en el sentido de determinar cual sería el sistema de revisión aplicable por la remisión a los artículos 78 y 79 LCSP/2007 (sin perjuicio de entenderse que pudiera ser aplicable otra norma).

El artículo 78.1 señala: *Cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.*

Aunque previamente el artículo 77 establece: 1. *La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación. En consecuencia, el primer 20 % ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión. No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20% de la prestación.*

2. *La revisión de precios no tendrá lugar...*



3. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable.

Por un lado la remisión del pliego a los artículos 78 y 79 LCSP podría entenderse como que existe la revisión del precio en los términos de esos artículos, pero por otro lado el artículo 77 requiere que la fórmula o sistema de revisión esté previamente previsto en el Pliego y/o contrato, lo que no acontece en nuestro caso.

La cuestión ha sido informada por la Secretaría-Intervención de la MMBA, acompañándose copia del mismo.

En la Oferta presentada por el concesionario que forma parte del contrato, como se recoge en su cláusula segunda (Segunda.- Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A., se compromete a la ejecución del contrato que se formaliza con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, que acepta plenamente, y a las condiciones ofrecidas en la documentación que conforma su oferta. Forman parte inseparable de este contrato todos los documentos expresados en el párrafo anterior) figura lo siguiente (Página 59 Tomo X de la oferta):

6.1.3.- Evolución económica a € constantes de la concesión durante la duración del contrato

6.1.3.1.- Previsión de ingresos y gastos – Cuenta de resultados

Sobre la justificación de gastos e ingresos calculados anteriormente, realizamos esta previsión de la evolución del desarrollo económico-financiero de la Concesión a lo largo de 25 años de gestión.

Las consideraciones generales para el desarrollo del contrato son:

1º.- Modelo económico-financiero; se ha realizado el desarrollo sin considerar inflación, es decir, a € constantes.

SEGUNDA: PROCEDENCIA DE LA APROBACIÓN DE TASA POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES.

Desde el año 2010, 1 de agosto, se prestan efectivamente los servicios de abastecimiento de agua y de alcantarillado, y, solo en parte, el de depuración de aguas residuales, el correspondiente a dos pequeñas depuradoras existentes en dos municipios integrados en la MMBA -Pechina y Benahadux- con un coste anual de unos 50.000 euros, pero la mayoría de aguas residuales se han estado vertiendo desde aquella fecha al cauce del Río Andarax, es decir, no prestándose el servicio de depuración, hasta que en fecha 1 de junio de 2017, tras la finalización y cesión de uso a esta MMBA de las obras de conexión correspondientes y firma de Convenio de Colaboración con el Excmo. Ayuntamiento de Almería (de 1 de junio de 2016), se procede a la ejecución de obras de conducción de aguas residuales para su depuración en la EDAR de EL BOBAR en el municipio de Almería. En este Convenio se ha establecido un coste de 0,2767 euros/m³ de agua depurada, con un coste anual de 353.000 euros (y sin perjuicio de que pudiera ser superior, pues es una cantidad estimativa, que queda sujeta a variables, como lluvias, etc...)



El Concesionario solicita se restablezca el equilibrio económico financiero de la concesión como consecuencia de haberse incorporado el nuevo coste que deriva del precio a satisfacer al Ayuntamiento de Almería, referido, de 0,2767 € por m³ de agua residual depurada a través de la EDAR EL BOBAR, por ser el obligado al pago efectivo, conforme se indica seguidamente (Cláusula Novena del citado Convenio con Almería).

La solicitud del Concesionario ha sido informada favorablemente por la Secretaría Intervención de la MMBA, pues es conforme con entender que se trata de un gasto nuevo derivado de la ejecución de obras de infraestructura por la Junta de Andalucía (previstas desde hace años pero ejecutadas tardíamente) que ha permitido que las aguas residuales sean conducidas a la EDAR y sean allí tratadas, servicio que se presta a través del Ayuntamiento de Almería y que tiene un coste que ha de repercutirse a los usuarios del servicio; coste inexistente antes de la firma del Convenio con Almería en fecha 1 de junio de 2016, y la efectiva prestación del servicio, Convenio que ha permitido eliminar los vertidos al Río, eliminando riesgos de salubridad pública, Convenio que ha regulado la prestación del referido servicio y que ha fijado el precio por el mismo. Precio que, conforme al clausulado del Convenio con Almería ha de satisfacer el Concesionario (Cláusula Novena.5. último párrafo):

Su abono y facturación será análogo al régimen establecido en las estipulaciones sexta y séptima de este acuerdo para el caso del suministro de agua desalada en alta.

Esa cláusula sexta dice que: *Por el Gestor del Servicio del Ciclo Integral del Agua del Bajo Andarax, como concesionario de dicho servicio del que resulta titular la mancomunidad (artículo 10.1.a de sus Estatutos, BOJA de 21 de octubre de 2014) se abonará al Ayuntamiento, a través del Gestor del Servicio del Ciclo Integral del Agua, esto es, la mercantil Aqualia, gestión integral del agua S.A., como concesionaria del servicio....*

De hecho, el texto de la actual Ordenanza Fiscal no recoge tasa por el servicio de depuración, y sí por el de alcantarillado.

Por ello se ha informado favorablemente la procedencia del reconocimiento del gasto como nuevo, que forma parte del Servicio de la Concesión y del que debe resarcirse el Concesionario para garantizar el equilibrio económico de la Concesión que, en caso contrario, no quedaría restablecido.

A ello se refieren diversas cláusula del Pliego, a saber:

Cláusula 18.1º.1.1.2º y 6º del Pliego: *El contratista tiene los siguientes derechos.*

La Mancomunidad se compromete, salvo en las excepciones contempladas en el presente pliego de condiciones, en el RSCL y demás normativa que resulte aplicable, a que las tarifas a aplicar a los abonados cubran en todo momento el coste del servicio (nuevas instalaciones, incremento de costes, etc.) en los términos de este Pliego, para lo cual procederá a las revisiones que procedan de aquéllas previa justificación razonada por el concesionario. (18.1.1º.1.1)

Mantener el equilibrio financiero de la concesión, en los términos previstos en el presente pliego y en el artículo 258 de la LCSP. *El equilibrio económico de la concesión se produce cuando el concesionario, con su retribución, haya cubierto el conjunto de gastos que incidan en la prestación del servicio (los gastos financieros generados por las inversiones realizadas y la recuperación del capital invertido o las aportaciones realizadas por el concesionario y cualquier otro concepto que conforme los costes de los*



servicios) entendiéndose que con la retribución unitaria propuesta inicialmente en su oferta se alcanza dicho equilibrio.

También el artículo 258.4 LCSP/2007: *La administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos. a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado. b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Y el artículo 127.2.1º del RSCL de 17 de junio de 1955: *La Corporación concedente deberá: mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual: a) 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 b) 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 concesión.*

SOLICITUD

De conformidad con cuanto antecede, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación emita Dictamen sobre las dos cuestiones planteadas, a saber:

Primera: Sistema de revisión del precio de la concesión a fin de reflejarlo en el documento contractual, por aplicación de los artículos 78 y 79 LCSP/2007, sin perjuicio de que por la Comisión Consultiva se entienda de aplicación otra norma.

Segunda: la procedencia del establecimiento de la tasa por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales en la vigente Ordenanza Fiscal como consecuencia del nuevo gasto que supone el coste que cobrará el Ayuntamiento de Almería por la prestación del servicio a través de la EDAR EL BOBAR, a fin de mantener el equilibrio económico de a concesión.

Tercera: si existe modificación del contrato en razón de que el importe estimado de un año de la depuración de aguas residuales, de 353.000, superaría la anualidad de la concesión en que nos encontramos.

ANEXOS

- 1. Estatutos de la Mancomunidad*
- 2. Contrato Administrativo suscrito con FCC QUALIA S.L.*
- 3. Pliego de Cláusulas Administrativas y Técnicas que rige la Concesión.*
- 4. Oferta del Contratista.*
- 5. Informe de la Secretaría Intervención de la Mancomunidad.*
- 6. Convenio de Colaboración suscrito con Excmo. Ayuntamiento de Almería.*
- 7. Ordenanza reguladora de la tasa por la prestación de los servicios de abastecimiento de agua, alcantarillado y depuración de aguas residuales.*
- 8. Certificación de acuerdo de la Junta Gestora de 19 de octubre de 2017.*
- 9. Certificación Secretaría sobre personalidad Presidente.*



II – INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

1.- Se plantea por la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax como primera cuestión el *sistema de revisión del precio de la concesión a fin de reflejarlo en el documento contractual, por aplicación de los artículos 78 y 79 LCSP/2007, sin perjuicio de que por la Comisión Consultiva se entienda de aplicación otra norma.*

Al respecto cabe señalar en primer lugar que el contrato de concesión del ciclo integral del agua para la gestión de los servicios públicos de abastecimiento de agua en alta, agua en baja, alcantarillado y depuración de aguas residuales urbanas entre la MMBA y Aqualia Gestión Integral del Agua SA (hoy FCC Aqualia SL) se formalizó el 16 de junio de 2010.

Por ello, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera apartado dos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre “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*” habrá que acudir al articulado de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público para analizar esta cuestión (en adelante LCSP).

El Pliego de cláusulas administrativas particulares de esta contratación estableció en su cláusula 5.1 *“que las tarifas y, en su caso, el resto de conceptos que cubren la retribución del concesionario se revisarán en los términos de los artículos 78 y 79 LCSP, y de conformidad con el presente Pliego”.*

El artículo 78 de la LCSP establece:

- “1. Cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales o de la fórmula aprobada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para cada tipo de contratos.*
- 2. El órgano de contratación determinará el que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo (...).”*



El artículo 79 de la LCSP establece:

“Las fórmulas que se establezcan reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los materiales básicos y de la energía incorporados al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. No se incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial”.

Ahora bien, debemos tener en cuenta el artículo 77 de la LCSP que establece lo siguiente:

“1. La revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en este Capítulo y salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato, cuando éste se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación.

En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y el primer año de ejecución quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar una vez transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

(...)

3. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable”.

Por tanto, es esencial que la fórmula o sistema de revisión esté previamente previsto en el pliego o el contrato y, en este caso, salvo la remisión que realiza la cláusula 5.1 del pliego a los artículos 78 y 79 de la LCSP, y la cláusula 5.4 que señala que *el precio del contrato será objeto de revisión, tanto al alza como a la baja, con ocasión del aumento o reducción de infraestructuras, ámbito del servicio objeto de contratación y demás circunstancias que procedan* no aparece en el pliego o contrato fórmula o sistema de revisión aplicable alguno, salvo esas referencias generales en las cláusulas citadas.

Con respecto a la posibilidad que parece insinuarse en la solicitud de informe de que se ofreciese, mediante este informe, el sistema de revisión del precio a efectos de poder reflejarlo en el documento contractual cabe decir que no corresponde a esta Comisión Consultiva elaborar el sistema de revisión del precio que debe aparecer en un pliego de cláusulas administrativas particulares o en un contrato siendo así además que, si quiso establecerse, debió hacerse por el órgano de contratación en su momento procedimental oportuno.

Por tanto, respecto a esta primera cuestión debemos pronunciarnos en el sentido de manifestar que no cabe aplicar sistema de revisión alguno pues no se ha previsto y que no procede introducir ahora en el documento contractual fórmula o sistema de revisión cuando debió ser incluido en el pliego de cláusulas administrativas o en el contrato en su momento oportuno.

2.- Plantea la MMBA como segunda cuestión *la procedencia del establecimiento de la tasa por la prestación del servicio de depuración de aguas residuales en la vigente Ordenanza Fiscal como*



consecuencia del nuevo gasto que supone el coste que cobrará el Ayuntamiento de Almería por la prestación del servicio a través de la EDAR EL BOBAR, a fin de mantener el equilibrio económico de a concesión.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato firmado entre la MMBA y Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A. recoge en la cláusula 18.1. entre otros derechos del concesionario, los siguientes:

“18.1. 1º) 1.1 (...) La mancomunidad se compromete, salvo en las excepciones contempladas en el presente pliego de condiciones, en el RSCL y demás normativa que resulte aplicable, a que las tarifas a aplicar a los abonados cubran en todo momento el coste del servicio (nuevas instalaciones, incremento de costes, etc..) en los términos de este Pliego, para lo cual procederá a las revisiones que procedan de aquéllas previa justificación razonada por el concesionario (...)

18.1.2º) Mantener el equilibrio financiero de la concesión, en los términos previstos en el presente pliego y en el artículo 258 de la LCSP. El equilibrio económico de la concesión se produce cuando el concesionario, con su retribución, haya cubierto el conjunto de gastos que incidan en la prestación del servicio (los gastos financieros generados por las inversiones realizadas y la recuperación del capital invertido o las aportaciones realizadas por el concesionario y cualquier otro concepto que conforme los costes de los servicios) entendiéndose que con la retribución unitaria propuesta inicialmente en su oferta se alcanza dicho equilibrio(...).”

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 29/2000, de 30 de octubre, señala que *“la revisión de precios de un contrato ha de llevarse a cabo conforme a las prescripciones concretas del pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que su aplicación pueda quedar desvirtuada por los principios de riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico-financiero pensados a favor del contratista para distintos supuestos”*.

Con respecto a esta cuestión el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de octubre de 1987 (STS 6277/1987) ha manifestado que *“el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la “res pública”, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”*.

El artículo 258.4 de la LCSP de 2007 en su apartado 4 al regular la modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico en el caso del contrato de gestión de servicios públicos establece lo siguiente:

“La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- “a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las características del servicio contratado.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*



c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley”.

Asimismo, el apartado 5 del citado artículo señala *“en los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato (...)”.*

Cabe pues plantearse para informar sobre esta cuestión si en el presente caso concurre alguna de las causas que se recogen en los artículos citados y que obligaría a la Administración a restablecer el equilibrio económico del contrato, en este caso, en beneficio del concesionario.

No alegándose causas de fuerza mayor a las que se refiere el apartado c) del citado artículo y que se remite a las enumeradas en el artículo 214 de la LCSP debemos centrarnos en si por parte del órgano de contratación se han producido actuaciones que modifiquen las características del servicio contratado o bien ha realizado actuaciones que de forma directa han determinado la ruptura sustancial de la economía del contrato.

De la documentación aportada se desprende, por una parte, que las características del servicio contratado *la gestión de los servicios públicos de abastecimiento de agua en alta, abastecimiento de agua en baja, alcantarillado y depuración de aguas residuales urbanas bajo la modalidad de concesión* que se formalizó el 16 de junio de 2010 no ha sido modificada por la Administración.

Por otra parte se observa que el concesionario ha solicitado que se restablezca el equilibrio económico financiero de la concesión como consecuencia de haberse incorporado el nuevo coste que deriva del precio a satisfacer al Ayuntamiento de Almería por m³ de agua residual depurada a través de la EDAR EL BOBAR, por ser el obligado al pago efectivo, conforme se indica en el clausulado del Convenio de Colaboración firmado el 1 de junio de 2016 entre el Ayuntamiento de Almería y la MMBA.

Al respecto cabe señalar que por parte de la MMBA, tal y como se acredita en el expediente, se firmó el 1 de junio de 2016 un *Convenio de Colaboración interadministrativa entre el Excmo. Ayuntamiento de Almería y la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax (Almería) que regula celebración de concierto, como modalidad de gestión de prestación de servicios públicos, para el uso compartido de agua procedente de la IDAM, depuración de aguas residuales en EDAR EL BOBAR y puesta a disposición de aguas subterráneas para otros usos.*

De dicho convenio conviene citar algunos apartados de sus antecedentes y del clausulado. Así:

Antecedentes

Primero.- Con fecha 17 de agosto de 2009 el Excmo. Ayuntamiento de Almería, y el Excmo. Ayuntamiento de Huércal de Almería formalizaron un convenio de colaboración interadministrativa para conectar a la Arteria de Transporte de Levante a Retamar, perteneciente al Servicio Público de municipal de Abastecimiento y Distribución de Agua Potable del municipio de Almería. La finalidad de dicho convenio era la de suministrar en alta el caudal



de agua potable necesario para el abastecimiento público del municipio de Huércal de Almería (...) unido todo lo anterior a la puesta en funcionamiento del Ciclo Integral Urbano del Agua en el ámbito territorial del municipio de Almería y de los Municipios que comprenden la Mancomunidad del Bajo Andarax (...).

Segundo.- Posteriormente, en fecha 13 de marzo de 2012, se produce una actualización del mismo, ya con la Mancomunidad, que desde entonces asume la titularidad de dicho convenio como titular del Servicio del Ciclo Integral del Agua en el ámbito de la Mancomunidad donde en otros aspectos se establecían (...) el compromiso de depuración de aguas residuales una vez se finalizasen las obras de ampliación de la EDAR EL BOBAR.

Tercero.- En la actualidad, conforme a las informaciones facilitadas por la Dirección de obra y la Consejería competente, se dan por terminadas las obras correspondientes a la ampliación de la EDAR EL BOBAR y las obras del Ciclo Integral del Agua en el Bajo Andarax incluidas en los proyectos finalmente ejecutados, ambas promovidas por la Junta de Andalucía (...).

Cláusulas

Es objeto del presente convenio:

1.- La prestación de los servicios de suministro de agua desalada en alta y depuración de aguas residuales por parte del Ayuntamiento a la mancomunidad integrada por los municipios de Santa Fe de Mondújar, Gádor, Rioja, Pechina, Benahadux, Viator y Huércal de Almería (...)

4.- La Mancomunidad tendrá las siguientes obligaciones:

- Abonar en los términos del apartado 1 de la Cláusula 6ª en tiempo y forma las contraprestaciones económicas pactadas por los servicios recibidos, previa notificación del requerimiento de pago correspondiente (...)

6.- Abono del suministro de agua en alta:

1.- Por el Gestor del Servicio del Ciclo Integral del Agua del Bajo Andarax, como concesionario de dicho Servicio del que resulta titular la Mancomunidad (...) se abonará al Ayuntamiento, a través del Gestor del Ciclo Integral del Agua, esto es, la mercantil AQUALIA, Gestión Intergral del Agua S.A., como concesionaria del servicio, por el concepto Suministro de Agua desalada en Alta la cantidad de 0,6149 euros/m³ (...)

7.- Modo de facturación (...)

9.- Depuración de las aguas residuales provenientes de los municipios integrados en la mancomunidad

1.- Conforme a la cláusula Primera, se incluye en el presente convenio de colaboración interadministrativa la prestación del servicio de depuración de aguas residuales por parte del Ayuntamiento a la Mancomunidad, que tendrá lugar una vez concluidas las obras de infraestructuras de redes de saneamiento en el ámbito territorial de la Mancomunidad en el marco de las obras del Ciclo Integral del Agua y las obras de ampliación de la EDAR EL BOBAR (...). Las aguas residuales provenientes de la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax deberán de ajustarse, en cuanto al tratamiento de depuración, a lo establecido a tal efecto en la ordenanza vigente de Alcantarillado y depuración de Aguas del Ayuntamiento de Almería que entró en vigor con su publicación en el BOP el 14 de octubre de 1980, número 238(...)

(...)

5.- La contraprestación económica a percibir por la empresa concesionaria de la Depuradora será de 0,2767102 euros/m³ de agua tratada (...)

(...)

Su abono y facturación será análogo al régimen establecido en las estipulaciones Sexta y Séptima de este acuerdo para el caso del suministro de agua desalada en alta.



A la vista de la firma del Convenio de Colaboración entre la MMBA y el Ayuntamiento de Almería con fecha 1 de junio de 2016 en el que se establece que el obligado al pago efectivo será *a través del Gestor del Ciclo Integral del Agua, esto es, la mercantil AQUALIA, Gestión Intergral del Agua S.A., como concesionaria del servicio* (Cláusulas 6.1 y 9.5) cabe entender que por parte del órgano de contratación se han realizado actuaciones que han determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y que, por tanto, debe restablecerse el equilibrio económico en beneficio de quien corresponda, en este caso, del concesionario.

Tal y como se recoge en el Informe de 2 de octubre de 2017 emitido por la Secretaria-Intervención de la Mancomunidad *“se entiende que la oferta del contratista no alcanzó a comprender en ella el nuevo coste derivado del Convenio de Colaboración con el Ayuntamiento de Almería de 1 de junio de 2016 (el precio del m³ de agua depurada se fija entonces y no antes, así como la volumetría de m³ a depurar) y los costes de mantenimiento de las nuevas instalaciones cedidas por la Junta de Andalucía en diciembre de 2016. hay costes no previstos que ahora producirían desequilibrio si no se previese una tasa que los cubriese, tasa a satisfacer por los usuarios, como se tiene ya informado. Este desequilibrio también ha sido informado, como tal, por el Servicio de Asesoramiento Económico de la Excma. Diputación Provincial de Almería”*.

Para ello, para restablecer el equilibrio económico del contrato, podría optarse por algunas de las medidas contempladas en el apartado 5 del artículo 258 de la LCSP de 2007. Sin que esta Comisión entre en la idoneidad de la repercusión del coste de la empresa a los usuarios ni en la procedencia de la repercusión de tales gastos por parte del Ayuntamiento a la empresa contratista.

3.- La última cuestión que plantea la Mancomunidad de Municipios del Bajo Andarax es *si existe modificación del contrato en razón de que el importe estimado de un año de la depuración de aguas residuales, de 353.000, superaría la anualidad de la concesión en que nos encontramos*.

La cláusula 19.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato que se formalizó el 16 de junio de 2010 señala lo siguiente: *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en las características del servicio contratado por razones de interés público, justificando debidamente su necesidad en el expediente (artículo 258 LCSP)”*.

El artículo 258 de la LCSP de 2007 indica: *“La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por lo usuarios”*.

Del análisis de la documentación aportada por el órgano consultante cabe concluir que en ningún caso se está ante una modificación de las características del servicio contratado. Lo que se ha producido es una determinada actuación por parte de la MMBA, al firmar un convenio de colaboración con el Ayuntamiento de Almería, que ha supuesto un nuevo coste para el beneficiario no previsto anteriormente y que ha determinado la ruptura sustancial de la economía del contrato para una parte.

Por ello parece lógico que se restablezca el equilibrio económico del mismo, adoptando alguna de las medidas que se prevé en la normativa de contratos.



Con respecto a la posibilidad de modificación de un contrato el Informe 59/03, de 7 de junio de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señalaba lo siguiente:

“3. La tercera posibilidad que se apunta en el escrito de consulta es la de modificar la fórmula de revisión de precios, introduciendo en ella un nuevo factor del coste, referido al canon de vertidos. Aunque, de conformidad con la legislación de contratos de las administraciones Públicas puede admitirse la posibilidad de modificación del contrato y de sus concretos términos, en este caso concreto, la facultad de modificación que corresponde a la Administración debe quedar descartada si se tiene en cuenta que el artículo 104.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que “el índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo”, debiendo añadirse a ello el carácter restrictivo con que la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas contempla las modificaciones de contratos adjudicados (artículos 101, con carácter general y 163 para el contrato de gestión de servicio público) y el criterio reiteradamente expuesto por 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 de los adjudicatarios podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que ahora se produce” (informes de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, de 2 y 5 de marzo de 2001 y de 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03)”.

III – CONCLUSIONES

- 1.-** En los procedimientos contractuales donde ni el PCAP ni el contrato hayan previsto la fórmula o el sistema de revisión aplicable, no procederá la revisión de precios.
- 2.-** La posibilidad de que se produzca el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato con alguna de las medidas previstas, entre ellas, la de modificar las tarifas que deben abonar los usuarios, vendrá determinada porque se esté ante uno de los supuestos previstos en la normativa de contratos que resultare aplicable (artículo 258.4 de la LCSP de 2007, artículo 282.4 del TRLCSP y artículo 290.4 de la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público). Si se ha producido una determinada actuación que ha determinado la ruptura sustancial de la economía del contrato para una de las partes, procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
- 3.-** Un contrato solo puede modificarse por las circunstancias previstas en la ley o en los pliegos.

Es todo cuanto se ha de informar.

