



**DICTAMEN: 265/2016, de 29 de setembre**

MATÈRIA: Revisió d'ofici

DEPARTAMENT: Governació, Administracions Públiques i Habitatge - Ajuntament de la Bisbal d'Empordà

PONENT: Isabel Pont i Castejón

**DICTAMEN 265/2016, de 29 de setembre. Revisió d'ofici a instància de l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà per a declarar la nul·litat de l'Acord del Ple de la corporació de 28 de juliol de 2009, i del conveni subscrit el 7 de juliol de 2010, en relació amb un contracte amb la mercantil SOREA**

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 29 de setembre de 2016, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Francesca Mas i Casanovas, amb la participació de les Sres. i els Srs. Ferran Badosa i Coll, Marta Franch i Saguer, Alfredo Galán Galán, Marc Marsal i Ferret, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, i Joan Manuel Trayter i Jiménez, i essent-ne ponent la Sra. Isabel Pont i Castejón, ha aprovat el Dictamen següent:

**ANTECEDENTS DE FET**

1. El Ple de l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà, el 7 de març de 1980, va acordar l'adjudicació definitiva del contracte d'arrendament del servei d'abastament d'aigua potable a la mercantil Societat d'Abastaments Urbans i Rurals, SA (SAUR), per un termini de 10 anys, prorrogables per períodes de 5 anys a petició d'una de les parts. Transcorregut el termini es van anar aprovant successives pròrrogues del contracte. La Societat d'Abastaments Urbans i Rurals, SA, el 23 de setembre de 1997, va absorbir la mercantil SOREA i va adoptar la seva denominació.
2. Per Acord del Ple de l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà, de 28 de juliol de 2009, es va aprovar la pròrroga del contracte d'arrendament del servei municipal d'abastament d'aigua potable, per un període de 20 anys, a comptar des del 16 de juliol de 2010, i la incorporació de l'addenda d'encomana de gestió del servei de clavegueram; també es va aprovar la taxa de servei d'aigua potable i la retribució a l'arrendatària, d'acord amb les dades establertes a l'acord, i la tramesa de l'expedient d'estudi de tarifes a la Comissió de Preus per a la seva autorització.
3. En data 3 d'agost de 2009, l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà va sol·licitar a la Comissió de Preus de Catalunya l'autorització per a l'aplicació de les tarifes, la qual les va autoritzar per Resolució de 8 d'octubre de 2009.
4. El 7 de juliol de 2010, es va signar un Conveni entre l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà i la mercantil SOREA, per tal d'ampliar l'objecte del contracte per a la gestió del servei d'abastament d'aigua potable a la gestió del servei municipal de clavegueram, així

com la seva pròrroga, per tal de permetre l'assumpció per part del gestor del servei d'altres actuacions allí llistades i relacionades amb una sèrie d'obres. Consta que aquest conveni va ser impugnat per part d'un membre de la corporació.

5. S'incorpora a l'expedient un dictamen jurídic, elaborat a petició de l'Ajuntament, el 26 de gener de 2015, que analitza la licitud de la pròrroga del contracte d'arrendament del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable de la Bisbal de l'Empordà, acordada pel Ple de la corporació de 28 de juliol de 2009 i formalitzada el 7 de juliol de 2010.

6. El 9 de març de 2015, la Secretaria de l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà va emetre informe sobre la legalitat de la pròrroga del contracte d'arrendament del servei d'aigua potable, en el sentit de considerar la possible nul·litat de ple dret de les modificacions i pròrrogues efectuades. En aquesta mateixa data, la interventora va emetre informe sobre la citada pròrroga, en què també va concloure la possible nul·litat dels acords adoptats.

7. El 23 de març de 2015, la interventora, a petició de la Comissió informativa d'Hisenda, va informar sobre diverses liquidacions de la mercantil SOREA corresponents al servei d'aigua potable de l'any 2012.

8. El Ple de l'Ajuntament, en la sessió de 24 de març de 2015, va acordar iniciar l'expedient de revisió d'ofici, per nul·litat de ple dret de l'Acord plenari de 28 de juliol de 2009, que va aprovar la modificació del contracte d'abastament d'aigua que preveia la pròrroga del contracte d'arrendament i ampliació de l'objecte a la prestació del servei de clavegueram i el finançament i execució d'obres, així com del contracte que el va formalitzar, relatiu al servei d'abastament, signat per l'alcalde el 7 de juliol de 2010, amb invocació de l'article 62.1.e) de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), per haver-se dictat prescindint totalment i absolutament del procediment establert. Consta en l'expedient que aquest acte es va notificar a la mercantil SOREA el 21 d'abril de 2015.

9. El 9 de maig de 2015, SOREA va presentar un escrit d'al·legacions, en què sol·licitava l'arxivament del procediment de revisió d'ofici.

10. S'incorpora a l'expedient l'informe jurídic sobre les al·legacions presentades per la mercantil SOREA, elaborat per un bufet d'advocats extern en data 11 de novembre de 2015.

11. El 16 de febrer de 2016, el secretari de l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà va emetre informe sobre les al·legacions presentades per SOREA i va concloure la procedència de declarar la caducitat de l'expedient de revisió.

12. Per Decret d'alcaldia núm. 440, de 31 de març de 2016, es va decidir declarar la caducitat del procediment de revisió d'ofici i arxivar-lo i que, un cop declarada aquella,

s'havia de procedir a iniciar un nou procediment de revisió en idèntics termes que l'expedient caducat. Aquest darrer aspecte fou objecte del Decret de l'Alcaldia núm. 441, d'igual data.

13. El Ple de l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà, en la sessió del dia 6 de maig de 2016, va donar la seva conformitat a aquells decrets d'alcaldia, mitjançant la ratificació, i per tant, a la incoació d'un nou procediment de revisió d'ofici, en els mateixos termes que l'expedient caducat. També va decidir incorporar els documents que integraven l'expedient, entre ells, les al·legacions de l'empresa interessada i la seva valoració per part de la Secretaria de l'Ajuntament. Es va acordar, així mateix, sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora i la suspensió del termini per a resoldre el procediment de revisió, fins a l'emissió del dictamen de l'òrgan consultiu o el transcurs del termini per a emetre'l.

14. El 9 de juny de 2016, va tenir entrada al Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge la petició de dictamen de la Comissió Jurídica Assessora formulada per l'alcalde de l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà.

15. El 15 de juny de 2016, la cap del Servei de Règim Local va informar favorablement sobre la tramesa a aquesta Comissió de l'expedient instruït per l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà.

16. L'1 de juliol de 2016, va tenir entrada en aquesta Comissió la petició de dictamen formulada per l'Ajuntament i tramesa per la consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge.

17. El Ple de la Comissió, en la sessió de 7 de juliol de 2016, va acordar admetre a tràmit la petició de dictamen i va nomenar-ne ponent.

18. En la sessió de 28 de juliol de 2016, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va acordar ampliar en un mes el termini per a emetre el dictamen sol·licitat, i el president, per ofici d'1 d'agost de 2016, ho va notificar a la consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

### **I. Objecte de revisió i intervenció de la Comissió Jurídica Assessora**

Els elements que integren la proposta de revisió d'ofici de l'expedient objecte del present Dictamen es vinculen directament amb el contracte d'arrendament del servei d'abastament d'aigua potable adjudicat per un termini de 10 anys per l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà el 7 de març de 1980 a la mercantil SAUR, Societat d'Abastaments Urbans i Rurals, SA (a partir de 1997, mercantil SOREA). En el contracte se'n possibilitava la pròrroga expressa per períodes successius de 5 anys, a petició de qualsevol de les parts, formulada amb una

antelació d'un any a la data de finalització del contracte o de les seves pròrrogues. En aplicació d'aquella previsió, a partir de 1990 el contracte es va prorrogar d'una manera expressa en dues ocasions (fins a l'any 1995 i, després, fins a l'any 2000). Posteriorment, va ser objecte de dues pròrrogues tàcites, els anys 2000 i 2005, en aplicació, com es veurà, d'un règim establert l'any 1993 –en ocasió de decidir la pròrroga de 1995–, i que les va preveure per a quan finalitzés el règim de les dues pròrrogues expresses. Passades les pròrrogues tàcites, arribat l'any 2009/2010, mitjançant Acord del Ple de l'Ajuntament de 28 de juliol de 2009 (reflectit en posterior contracte/conveni formalitzat entre la mercantil i l'Ajuntament el 7 de juliol de 2010), es van adoptar diverses decisions sobre aquesta contractació, la correcció jurídica de les quals qüestiona ara l'Ajuntament i n'insta la revisió.

L'objecte de revisió és, d'acord amb la proposta d'acord d'incoació: "l'acord plenari de data 28 de juliol de 2009, que va aprovar la modificació del contracte d'abastament d'aigua que contemplava la pròrroga del contracte d'arrendament i l'ampliació de l'objecte a la prestació del servei de clavegueram i el finançament i execució d'obres (ETAP Puig de Sant Ramón) i inversions a la xarxa amb l'empresa SOREA, així com el contracte d'arrendament signat en data 7 de juliol de 2010 per l'alcalde del moment amb la citada empresa)" (pàg. 256 de l'expedient). Explícitament es diu, sobre aquestes decisions, que: "La pròrroga del contracte s'establí per un termini de 20 anys fins a l'any 2030, i s'afegia, a l'abastament d'aigües, la gestió del servei de clavegueram, una actualització de la retribució de SOREA, així com inversions de millora amb un import de 3.602.215,57 euros (IVA inclòs), entre les quals hi havia el finançament de la inversió ETAP Fontanilles, l'execució del projecte de la urbanització Puig de Sant Ramon, la remodelació de la xarxa d'aigua de la ctra. de Castell d'Empordà i una inversió per a la renovació de la xarxa d'aigua del municipi (50.000 euros/any) i la remodelació de la xarxa del C/ Pere Torroella" (pàg. 255).

Tal com s'explicitarà en fonaments posteriors, l'Administració local, en la incoació del procediment de revisió d'ofici, en preconitza la nul·litat en referència a l'apartat e) de l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), i motiva que aquelles decisions, que estaven incidint sobre el nucli del contracte, es van adoptar sense seguir el procediment legalment previst.

La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora en els supòsits de revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret es fonamenta en allò que preveu l'article 8.3.c) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora d'aquest òrgan consultiu; l'article 72 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya –que estableix que "El dictamen de la Comissió Jurídica Assessora és preceptiu en els expedients de l'Administració de la Generalitat o de l'Administració local relatius a la revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret i de disposicions reglamentàries"–, i l'article 102 de l'LRJPAC, en relació amb els articles 53 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, i 173 de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (Text refós aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 29 d'abril), que atorguen la potestat de revisió d'ofici de disposicions,

actes i acords als ens locals. Aquesta intervenció, a què es refereix l'LRJPAC, es preveu en iguals termes en la Llei 39/2015 del procediment administratiu comú de les administracions públiques, article 106.

## II. Règim jurídic d'aplicació

Atenent els aspectes concrets que se susciten en el present procediment, escau efectuar una primera aproximació al règim jurídic d'aplicació a la matèria per tal d'emmarcar les problemàtiques que reclamen el pronunciament corresponent. Cal estar, en principi, i especialment, a les normes que eren d'aplicació al contracte, i a les que serien d'aplicació amb posterioritat a les modificacions, com també al règim jurídic que regia les pròrrogues.

### a) Règim jurídic d'aplicació al contracte adjudicat l'any 1980

Com s'ha apuntat, la data del contracte d'arrendament que possibilitava la gestió del servei d'abastament d'aigua del municipi és de 7 de març de 1980. En atenció a aquest element temporal, pel que fa a la contractació, era d'aplicació el Reglament de contractació de les corporacions locals (aprovat per Decret de 9 de gener de 1953), el text articulat de la Llei de contractes de l'Estat (aprovat per Decret 293/1965, de 8 d'abril) i també el Reglament general de contractació de l'Estat (aprovat per Decret 3410/1975, de 25 de novembre).

Calia atendre, així mateix, per raó de la data, els aspectes previstos específicament en la normativa reguladora dels serveis. L'article 141 del Reglament de serveis de les corporacions locals (RSCL, aprovat per Decret de 17 de juny de 1955) preveia que la prestació de serveis podia dur-se a terme mitjançant, entre d'altres, la figura de l'arrendament, en la qual el contractista també podia aportar personal indispensable i material necessari, per un període de 10 anys, i aquest aspecte es reflecteix en l'article 1 del Plec de condicions del contracte formalitzat.

Per últim, i d'acord amb la clàusula 28 del plec, s'establia com a normes supletòries la Llei de règim local, el Reglament de contractació de les corporacions locals, la legislació de contractes de l'Estat, i el RSCL (articles 140.2 i 141), que es consideren d'aplicació preferent.

### b) Règim jurídic d'aplicació a les decisions que són objecte de revisió, adoptades els anys 2009/2010

En l'examen d'aquest expedient cal atendre, així mateix, al règim jurídic d'aplicació en el moment en què es van adoptar les decisions sobre contractació que són objecte de revisió: l'Acord del Ple de 28 de juliol de 2009 i el contracte/conveni formalitzat entre la mercantil i l'Ajuntament el 7 de juliol de 2010.

La legislació de contractes a la qual calia atenir-se en aquell moment era la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, en la versió original. En la disposició transitòria primera, apartat segon, va establir que els contractes administratius adjudicats abans de la seva entrada en vigor, com és el cas, es regien, quant als efectes, compliment i extinció, inclosa la durada i règim de pròrrogues, per la normativa anterior.

Atesa la transcendència d'aquest aspecte, cal recordar la doctrina d'aquest òrgan consultiu sobre règim jurídic d'aplicació als aspectes substantius i als aspectes procedimentals. La Comissió ha emès pronunciaments, d'una manera general, en el sentit que cal entendre que les modificacions contractuals, i concretament el seu règim substantiu, es troben incloses entre els efectes i compliment del contracte a què al·ludeix aquell precepte i estarien, per tant, afectades per aquell (entre d'altres, dictàmens 122/2013, 437/2014 i 162/2015). Això conduiria *ab initio*, en el supòsit objecte de dictamen, al fet que, en principi, caldria estar al Reglament de contractes de les corporacions locals aprovat per Decret de 9 de gener de 1953 (RCCL). D'una manera complementària, respecte del segon aspecte, aquest òrgan consultiu, i a fi d'establir quan és procedent la seva intervenció (atès que ha anat variant amb el pas del temps d'acord amb la legislació aplicable als contractes) entén que el règim jurídic aplicable al procediment de modificació contractual ha de ser el vigent en el moment d'iniciar-se el procediment de modificació. Per tant, tot indicaria que, en el present supòsit, en atenció als aspectes referits, caldria estar a la Llei 30/2007 (LCSP).

Nogensmenys, aquest esbós preliminar de la doctrina d'aquest òrgan consultiu no pot, en cap cas, prescindir o aïllar-se, com es veurà, del dret europeu que en cada moment pugi ser d'aplicació. D'acord amb la jurisprudència i els informes de les juntes consultives de contractació administrativa, el règim jurídic aplicable s'ha d'interpretar a la llum del dret i d'acord amb els principis que informen la contractació pública en el dret europeu i en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) (entre d'altres, Dictamen 437/2014.)

#### c) Normativa d'aplicació a la duració del contracte i al règim de pròrrogues

És aquest un altre aspecte rellevant. En relació amb la duració del contracte, d'acord amb l'article 141 del RSCL de 17 de juny de 1955 el contracte d'arrendament per a la gestió de serveis públics havia de tenir una durada màxima de 10 anys. Cal ressaltar, així mateix, que, paral·lelament, la jurisprudència ha interpretat que aquell termini màxim podia ser de 50 anys per als serveis públics, fonamentant-ho en què aquesta duració més estesa precisament és la que ha estat possibilitada expressament per una norma jeràrquicament superior al RSCL, l'article 153.1 de la Llei de règim local de 1955.

Examinat el contracte, d'acord amb la clàusula 23 del plec de condicions, es constata que es va adjudicar l'any 1980 amb una durada de 10 anys, com s'ha vist, prorrogables d'una manera expressa per períodes de 5 anys (a petició de qualsevol de les parts i palesant la voluntat de prorrogar amb una antelació d'un any a la data d'acabament). Com s'ha avançat,

després de dues pròrroques expresses el règim es va alterar. Mitjançant Acord d'11 de novembre de 1993 signat per ambdues parts (pàg. 58-64), es va introduir una modificació en el règim de durada del contracte (clàusula segona) consistent a incorporar una pròrroga tàcita al contracte: "s'entendrà prorrogada l'adjudicació de la gestió del servei municipal de proveïment domiciliari d'aigua potable de la Bisbal d'Empordà a SAUR per un termini de 5 anys, prorrogables tàcitament per iguals períodes si cap de les parts contractants, amb un any d'antelació, manifesta voluntat al contrari. Aquesta pròrroga entrarà en vigor a partir de la data de venciment de la darrera pròrroga, és a dir, el 16 de juliol de 1995" (pacte segon, pàg. 60). Tot indica que aquesta pròrroga tàcita establerta l'any 1993 va operar en la relació entre ambdues parts durant un temps i es va materialitzar en les pròrroques dels anys 2000 i 2005 (com es fa saber des de la proposta d'acord d'incoació del procediment de revisió, pàg. 255 de l'expedient). Posteriorment es va adoptar l'Acord de l'Ajuntament objecte de revisió, és a dir, el de 28 de juliol de 2009, en el qual, entre d'altres, es procedia a adoptar una pròrroga expressa al contracte d'arrendament del servei municipal d'abastament d'aigua potable, per un període de 20 anys, fins a l'any 2030.

Cal atendre, així mateix, a una important innovació en el règim jurídic d'aplicació a les pròrroques que es va produir en aquella època. I, com es veurà, caldrà dictaminar sobre com incideix en la pròrroga expressa acabada de mencionar, decidida per les parts l'any 2009. La Llei 53/1999, de 28 de desembre, mitjançant la qual es modificava la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques, que va entrar en vigor el 29 de març de 2000, va prohibir les pròrroques tàcites. Va donar nova redacció, entre d'altres, als articles 8 i 68, i establia que, a l'expedient de contractació, calia precisar la duració, les pròrroques i l'abast del contracte. També, i en qualsevol cas, que les pròrroques serien expresses, i que no era possible prorrogar el contracte per consentiment tàcit de les parts. I aquesta exigència s'ha mantingut fins avui. N'és una mostra l'article 67 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP), aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 6 de juny. Actualment cal estar a l'article 23.2 del TRLCSP, que determina que "2. El contracte pot preveure una o diverses pròrroques sempre que les seves característiques es mantinguin inalterables durant el període de durada d'aquelles i que la concurrència per a l'adjudicació s'hagi realitzat tenint en compte la durada màxima del contracte, inclosos els períodes de pròrroga. La pròrroga l'acorda l'òrgan de contractació i és obligatòria per a l'empresari, tret que el contracte prevegi expressament el contrari, i no es pot produir pel consentiment tàcit de les parts".

### **III. Procediment**

En primer terme, pel que fa a la conformació de l'expedient tramès a la Comissió, es constata que ha estat degudament indexat i paginat. Entre la informació facilitada, conté la documentació necessària corresponent a l'objecte de revisió d'ofici i els annexos que la complementen. Nogensmenys, s'observa que s'aporta la còpia d'un recurs de reposició interposat contra el contracte de 2010, en el qual el recurrent sol·licita que se'n declari la

nul·litat, sense que es desprengui de la documentació facilitada quina ha estat la tramitació posterior (pàg. 187 a 190).

L'examen de l'expedient ha permès comprovar que en el desenvolupament del procediment de revisió d'ofici s'han respectat les determinacions específiques dels articles 71 i 72 de la Llei 26/2010 i de l'article 102 de l'LRJPAC, així com les disposicions generals sobre el procediment administratiu d'aplicació. L'article 71.1 de la Llei 26/2010 disposa que la competència per a iniciar i resoldre els procediments de revisió d'ofici de disposicions reglamentàries i dels actes nuls correspon a l'òrgan que els ha aprovat o dictat. En el present supòsit, els actes objecte de revisió són un acord del Ple de la corporació, de 28 de juliol de 2009 i el contracte que el formalitza, de 7 de juliol de 2010. Atesa la posterior decisió del Ple de la corporació adoptada en la sessió del dia 6 de maig de 2016, favorable a la incoació el nou procediment de revisió d'ofici sobre el que ara es dictamina, cal concloure que ha estat efectuada per l'òrgan competent.

També figuren en l'expedient l'informe del secretari municipal anterior i actual, que informen favorablement sobre la revisió d'ofici. Es motiva la concurrència de la causa de nul·litat prevista en l'article 62.1, lletra e) de l'LRJPAC. S'entén així mateix que les pròrrogues tàcites que derivaven del document de segona pròrroga quinquennal del contracte efectuada el 29 de juny de 1993 ja eren contràries a la Llei i s'afirma que, per aquella raó, impedirien cap nova pròrroga ulterior. Els nous pactes introduïts en l'acord qüestionat suposen l'establiment d'unes modificacions substancials en el contracte que no estaven previstes inicialment, i que han estat adoptades, s'addueix, sense procediment aplicable.

L'acord d'inici del procediment de revisió d'ofici s'ha notificat a l'empresa adjudicatària. S'han presentat al·legacions, sobre les quals després s'incidirà més específicament. En substància, la contractista s'oposa a la revisió d'ofici. El secretari municipal ha emès informe desfavorable a les seves al·legacions i ratifica la procedència de continuar el procediment de revisió d'ofici. Per últim s'ha tramès tot l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora per tal que n'emeti el dictamen preceptiu.

#### **IV. Cronologia dels fets rellevants per a emetre el pronunciament d'aquest òrgan consultiu**

1. El Ple de l'Ajuntament de la Bisbal de l'Empordà, el 18 de gener de 1979 va iniciar la tramitació de la licitació del servei d'aigua potable i va resoldre contractar d'una manera directa i urgent a la mercantil SAUR fins a què finalitzés el procediment contractual que havia endegat a aquest efecte. El 7 de març de 1980 es va adoptar la decisió pendent i es va acordar la contractació, mitjançant arrendament del servei, de l'abastament d'aigua potable a SAUR (posteriorment SOREA). Es va establir una duració del contracte per un termini de 10 anys, prorrogables per períodes de 5 anys a petició de qualsevol de les parts. No consta la data exacta en què aquest contracte va començar a operar, aspecte rellevant a

efectes del còmput de la durada, però sembla deduir-se de la documentació aportada que seria el 16 de juliol de 1980.

2. L'anàlisi de l'expedient evidencia que es van produir dues pròrrogues expresses. En la primera, per Acord de la Comissió de Govern de 25 de gener de 1990, es proposa una pròrroga que es decideix per Acord del Ple de 27 de febrer 1990, adoptat per unanimitat. Se signa aquest contracte de pròrroga (anomenat de renovació quinquennal) el 16 de juliol 90 (pàg. 49 i seg.), i en ell s'estableix que "tindrà una vigència de cinc anys a partir de la seva data. Això no obstant, serà prorrogable per successius períodes de cinc anualitats, mitjançant sol·licitud formulada amb un any d'anticipació al venciment" (pàg. 51).

3. La segona pròrroga expressa es decideix per Acord del Ple de 26 d'octubre de 1993 (segona renovació quinquennal) (pàg. 55 i seg.), que operaria, cal entendre-ho, fins al 16 de juliol de 2000. Es formalitza mitjançant un document (contracte) el dia 11 de novembre de 1993 (pàg. 58 a 64). En l'acord s'estableix que s'aprova la renovació quinquennal en els condicions concretes previstes al projecte de contracte adjunt. S'inclou (pàg. 59) com a obligació complementària la del finançament de determinades obres de millora per valor de 26 milions de pessetes (adjuntades sota el títol "Annex al contracte de renovació del contracte d'arrendament finançament d'obres", pàg. 64). En el contracte es modifiquen així mateix les clàusules corresponents a la retribució del contractista i al procediment de liquidació. En la seva formalització, pel que fa a la clàusula corresponent a la durada del contracte, s'estableix que es procedeix a prorrogar el contracte expressament per cinc anys comptadors a partir de la data en què venç la darrera pròrroga, és a dir, des de 16 de juliol 1995. També que aquests cinc anys que ara es prorroguen, que venceran l'any 2000 –i aquest és un aspecte significatiu–, són "prorrogables tàcitament per iguals períodes si cap de les parts contractants, amb un any d'antelació, manifestés el contrari" (pàg. 60). Aquesta pròrroga expressa s'aprova per part del Ple amb 7 vots a favor i 6 en contra.

4. De l'expedient escau deduir que en la data de venciment posterior (16 de juliol de 2000) el contracte es va prorrogar tàcitament per 5 anys més. També, per un mateix nombre d'anys, en data 16 de juliol de 2005 i fins al 16 de juliol de 2010.

5. Durant l'any 2009 la mercantil presenta condicions de finançament d'obres, també informa sobre l'estat actual de la xarxa de clavegueram i sobre la renovació i millora de la xarxa d'abastament d'aigua potable al municipi. Els informes municipals, a continuació, motiven la conveniència que siguin integrats els serveis d'aigua i clavegueram en un únic contracte, ateses les noves circumstàncies i que aquest últim servei estava sent gestionat fins al moment per part de l'Ajuntament mitjançant gestió directa. Més enllà dels aspectes tècnics i de gestió palesats, escau ressaltar el contingut dels informes favorables dels secretari i interventor accidentals. El primer informe s'emet interpretant que el conjunt de canvis que ara es proposaran són viables i que podrien emmarcar-se adequadament en el contingut del mateix contracte signat originàriament (cal entendre que referit al contracte de 1980). En el raonament es motiva que el contracte inicial en realitat avui és molt més proper a la

concessió de servei públic malgrat que sembli, en els seus orígens, un “arrendament complex”. Nogensmenys, conclou el secretari que no és necessari modificar el contrari per expressar que som davant de la modalitat a gestió indirecta del servei perquè a la pràctica ja funciona com a tal. També recorda que el contracte pot incloure en el seu objecte l'execució d'obres i instal·lacions i la realització d'inversions de millora (art. 115 RSCL). En qualsevol cas, es fa saber que les modificacions que ara es proposen es pot entendre que podrien ser conseqüència de necessitats noves o causes imprevistes, que poden emparar-se en la clàusula de progrés prevista per a les concessions de serveis públics. A més, es considera inconvenient i inadequada una nova licitació de les obres i inversions de millora (pàg. 78 a 90). El secretari entén que en l'expedient administratiu a confegir per aixoplugar els canvis caldrà motivar que les millores tècniques que es duran a terme són d'interès públic i que caldrà fonamentar també que aquelles millores responen a causes imprevistes o necessitats noves (pàg. 86). Si és així “la modificació no suposa una novació objectiva del contracte que comporti necessàriament la seva resolució, atès que la possibilitat d'aquesta modificació està perfectament ajustada al seu règim jurídic (el de concessió de serveis públics). Tampoc requerirà un canvi de forma de gestió del servei públic” (pàg. 85). Suggereix, així mateix, que caldrà motivar la inconveniència o impossibilitat de procedir a una nova licitació i considera que un tercer adjudicatari diferent provocaria una situació inadequada perquè, entre d'altres, podria succeir que les obres i inversions estiguessin finalment en mans de dos gestors diferents. Pel que fa a l'equilibri econòmic, el secretari insta que, dins l'expedient administratiu, també es fonamenti adequadament i s'incorpori la metodologia de càlcul que estigui sent emprada. Considera per últim que la pròrroga de 20 anys constitueix un mecanisme idoni davant les modificacions que es volen realitzar, i atès que el total de duració contractual, essent el contracte inicial de 1980, mai no podria arribar a superar els 50 anys, per aplicació de la legislació reguladora de la concessió de serveis públics (articles 115 de l'RSCL, 250 de l'LMRL i 10 de l'RCCL) (pàg. 89).

6. El 28 de juliol de 2009, a partir de la proposta de SOREA en la qual presenta una document d'adequació del contracte de servei de 1980, i amb els informes favorables referits, el Ple de l'Ajuntament adopta un acord amb què s'aprova per majoria dels assistents una pròrroga del contracte per 20 anys (que s'estendria directament fins al 16 de juliol de 2030.) però amb cinc vots desfavorables. En el mateix acte també s'aprova la taxa de serveis d'aigua potable i la retribució a l'arrendatària. Les tarifes i retribució són trameses a la Comissió de Preus de Catalunya, “per a la seva superior autorització” (pàg. 142). Cal fer notar que en l'exposició prèvia a l'acord al·ludit es fa referència a alguns aspectes que caldrà contemplar en el posterior document contractual que formalitzi els acords del Ple (i que fou signat un any després). Es fa saber la necessitat de modificar les condicions que regeixen la relació entre Administració i SOREA per incorporar inversions de caràcter urgent, algunes de les quals ja es troben executades i d'altres pendents d'execució. També s'assabenta que en la pròrroga contractual es preveurà que SOREA ha de gestionar també en un futur el servei de clavegueram. Per últim, cal apuntar que en aquesta part expositiva s'expliquen així mateix determinades obres d'inversió i millora pendents (per un valor de

3.602.215,57 euros, incloent ETAP Fontanilles, urbanització de Puig de Sant Ramon i remodelació de la xarxa C/ Pere Torroella) (pàg. 141 i seg.)

7. Aquest Acord es va formalitzar mitjançant conveni signat per l'alcalde amb SOREA de data 7 de juliol 2010 (pàg. 154-180), i s'hi va afirmar (Pacte primer) que l'objecte del conveni és l'ampliació de l'objecte del contracte de gestió del servei d'abastament d'aigua potable a la gestió del servei municipal de clavegueram, així com la seva pròrroga, i es declarava que "es procedeix a modificar el contracte adjudicat definitivament en data 7 de març de 1980 a una veritable gestió indirecta del cycle integral de l'aigua, en la qual sigui el gestor del servei d'abastament d'aigua potable qui assumeixi la gestió del clavegueram, aprofitant les sinergies que es donen" (pàg. 157). En el conveni s'estableix la prestació del servei de clavegueram per part de la mateixa mercantil mitjançant una encomana de gestió (considerant que formava part de la gestió integral del servei) i s'estableix la retribució en 0,078 e/m<sup>3</sup> facturat, incrementable anualment i modificable, si escau, per cobrir el conjunt de despeses. S'incorporen i descriuen les actuacions referides, a les quals també s'estén la relació. Concretant, per Puig de Sant Ramon (que inclourà aigua potable, enllumenat públic baixa tensió i telefonia amb pressupost de 1.881.711,4 euros i que serà finançat per SOREA amb 1.275.217, 8 euros). També el finançament d'obres de construcció i implantació d'ETAP Fontanilles, que seran finançades fins a una aportació màxima per SOREA de 876.576,52 euros. Així mateix, inversions a xarxa d'aigua de la carretera de Castell d'Empordà i renovació de xarxa de municipi (50.000 euros any). També es mencionen, en aquell document, millores pendents de liquidació, que SOREA haurà de considerar aportacions a fons perdut (103.010,79 euros). S'explica així mateix que SOREA ha de redactar el projecte constructiu de les obres i inversions de millora, assumir la inversió i executar també les obres. Es determina en el document quina ha de ser la retribució del gestor del servei per concepte de gestió del servei d'abastament d'aigua potable. Es regula com es recuperaran les inversions (2.151.794,32 euros), bàsicament atenent l'atorgament dels 20 anys de pròrroga referits, mitjançant tarifes i sobre la base de la dotació corresponent de la partida de servei municipal d'aigua potable.

8. L'any 2010 el portaveu del grup municipal que havia votat contra l'aprovació de l'Acord del Ple de l'Ajuntament de 28 de juliol de 2009 impugna el conveni de pròrroga que el formalitzava el 7 de juliol de 2010, mitjançant un recurs de reposició (pàg. 187-190). Fonamenta que el conveni és nul sobre la base que entén que l'alcalde no està facultat per a formalitzar i signar-lo (article 62.1.b) de l'LRJPAC). Entén també que el Ple no fou assabentat del contingut del nou contracte ni de les diferències que tenia amb l'anterior. Consta també que el conveni signat inclou en el seu redactat aspectes que tampoc no van ser debatuts ni aprovats; que s'ha sotmès a exposició pública durant el mes d'agost; que no s'ha estudiat ni explicat que es produirà un increment del 50 % de la tarifa de l'aigua per causa del finançament de les inversions o un increment del 58,14 % del que percebrà SOREA per fer el mateix que abans duia a terme. S'addueix que les obres de Sant Ramon no s'haurien de repercutir en la tarifa de l'aigua com es pretén i sol·licita que se suspengui cautelarment la vigència de l'acord referit fins que se'n declari la nul·litat.

9. El 24 de novembre de 2011, SOREA presenta una proposta de nou Reglament del servei de subministrament de l'aigua. També s'inicia l'execució material de les obres.

10. Anys 2012 i 2013: SOREA adjunta informe d'actualització de retribucions i estudi per a determinar les tarifes a aplicar el 2013. SOREA emet liquidacions que contenen, a parer de l'Ajuntament, retribucions diferents a les que van ser aprovades pel Ple de 28 de juliol de 2009. Es retornen sense aprovació perquè es considera que no s'ajusten a les decisions en el seu dia adoptades per part d'aquell òrgan col·legiat i perquè susciten dubtes de la legalitat del contracte en el seu dia signat per l'alcalde i que, entre d'altres, donaven cobertura a les obres d'urbanització de Puig Sant Ramon (a data 2015 es diu que aquestes obres no han estat recepcionades per l'Ajuntament). Posteriorment la mercantil emet tres tipus de factures: unes que corresponen a allò que fou aprovat el 28 de juliol de 2009; unes altres relatives a aspectes complementaris que SOREA reclama; i per últim, les corresponents a les obres d'urbanització de Puig Sant Ramon.

11. Any 2014: L'Alcaldia contracta un dictamen jurídic extern al municipi "Sobre la pròrroga del contracte d'arrendament del servei acordada el 29 de juliol 2009 i formalitzada el 7 de juliol de 2010". L'informe, signat el 14 de novembre de 2014, interpreta, en el sentit que es mencionarà, que en el contracte de 2009 formalitzat l'any 2010 hi concorre nul·litat però únicament de caràcter parcial, circumscrita exclusivament a les obres de Puig Sant Ramon.

12. En moció aprovada pel Ple de 2 de març de 2015 es decideix prosseguir en l'anàlisi jurídica de la licitud de la pròrroga, que haurà de realitzar la Secretaria i Intervenció de l'Ajuntament. Són emesos els informes requerits, en els quals es considera que no hi concorre nul·litat parcial sinó nul·litat total en aquells acords de 2009 formalitzats el 2010. La fonamentació, entre d'altres aspectes, palesa que caldria interpretar que la pròrroga tàcita prèvia ja era nul·la, per estar prohibida. Concretament, l'informe de Secretaria 10/2015, de 9 de març, després d'emmarcar els antecedents, comença per analitzar les pròrrogues anteriors a 2009, especialment la decisió de procedir a establir pròrrogues tàcites adoptada el 1993 i les mateixes pròrrogues tàcites decidides els anys 2000 i 2005. Sobre la base de la jurisprudència i els informes d'òrgans de contractació administrativa que ressalta, conclou que la Llei 53/1999 i la seva prohibició de realitzar pròrrogues tàcites afectava qualsevol contracte que es trobés en execució en aquell moment i que tota pròrroga requeria acord exprés de les parts. Interpreta que la pròrroga tàcita no es va produir (ni com a acte presumpte, que tampoc no seria susceptible de convalidació per necessitar consentiment exprés). Per tant, posteriorment, en cap cas no podia ser prorrogat l'any 2009-2010 allò que ja no existia, no es podia allargar allò que en l'àmbit jurídic havia finalitzat. L'acte està, doncs, viciat de nul·litat perquè que calia haver realitzat una nova licitació subjecta a l'LCSP.

S'analitza específicament també la pròrroga de 20 anys i la modificació contractual efectivament operada l'any 2009-2010. L'anàlisi de la pròrroga de 20 anys que s'estableix els anys 2009-2010 que realitza l'informe es fa especialment a la llum de la doctrina

d'aquesta Comissió que precisa que cal atendre a les circumstàncies que concorren en cada contracte. En aquest sentit, a partir d'examinar la pròrroga al·ludida considera que amb aquesta decisió s'està incidint sobre aspectes substancials del contracte, més enllà que, *per se*, no pugui tenir suport, tal com s'ha dit. Es posa èmfasi en el fet que ara s'inclou també un altre servei (clavegueram), la realització d'obres no previstes al contracte inicial, s'estableixen decisions sobre finançament...; per tant, conclou que està procedint-se a una ampliació que globalment considerada no encaixaria tampoc en les circumstàncies legals que possibiliten la modificació d'acord amb el Dictamen 122/2013 d'aquesta Comissió.

A continuació s'analitza si aquestes noves obligacions del contractista, fixades l'any 2009-2010, són de caràcter substancial i si tenen a veure amb la prestació original o no. Sobre la base de la disposició transitòria 1.2 de l'LCSP interpreta quin hauria de ser el règim jurídic aplicable, entenent que les modificacions si s'atenia a la regulació prevista a l'article 54 RCCL únicament serien possibles si s'acreditava causa imprevisible i inevitable, no alteració del pressupost en més d'1/5 part i concurrència de motius d'interès públic. Entén que l'expedient no ha acreditat que es donessin aquests pressupòsits.

També analitza la legalitat de la modificació operada a la llum de la legislació estatal, la interpretació realitzada per òrgans consultius de contractació i el dret europeu, i fonamenta per què la modificació s'ha d'interpretar a la llum de les directives europees vigents en el moment i la interpretació facilitada per part del TJUE. Entén que la modificació és substancial 1) perquè es van introduir condicions que, si haguessin figurat en el procediment d'adjudicació inicial, haurien permès la participació d'altres licitadors a banda dels inicialment admesos o haurien permès seleccionar una oferta diferent; 2) perquè la modificació amplia el contracte a serveis no previstos; i 3) perquè canvia l'equilibri econòmic del contracte a favor de l'adjudicatari en termes no previstos al contracte inicial. Aquest posicionament de Secretaria és compartit i ampliat a l'informe confegit per la Intervenció, on se subscriuen i detallen aquests extrems i s'aporten dades de caràcter econòmic, financer i pressupostari.

13. Any 2015: El mateix any es proposa iniciar el procediment de revisió d'ofici, i és decidit pel Ple en sessió de 24 de març de 2015 (Incoació de l'expedient de revisió d'ofici per nul·litat de ple dret de la pròrroga del contracte d'arrendament del servei d'abastament d'aigua potable amb l'empresa SOREA). En la mateixa incoació es declara, a partir de la lectura de les conclusions dels informes extern, de Secretaria i d'Intervenció mencionats, que s'observa que arriben a conclusions diferents sobre el radi que abastaria la nul·litat, i es decideix que "Seguint amb el que estableix la normativa vigent i sense prejudicar l'abast de la presumpta nul·litat, iniciar l'expedient de revisió d'ofici per nul·litat de ple dret de l'acord plenari de data 28 de juliol de 2009, que va aprovar la modificació del contracte d'abastament d'aigua que contemplava la pròrroga del contracte d'arrendament i l'ampliació de l'objecte a la prestació del servei de clavegueram i el finançament i execució d'obres (ETAP Puig de Sant Ramon i inversions a la xarxa amb l'empresa SOREA, així com del contracte d'arrendament signat en data 7 de juliol de 2010 per l'alcalde del moment amb la citada empresa".

14. La incoació del procediment de revisió d'ofici es notifica a la mercantil i aquesta, com s'ha avançat, s'hi oposa. Les al·legacions presentades per SOREA se centren resumidament a qüestionar la causa de nul·litat al·legada, a destacar que l'expedient de revisió d'ofici ha caducat, i a explicitar també que en el present supòsit operaria l'article 106 LRJPAC. També es menciona que s'han vulnerat els principis de bona fe i confiança legítima i que el procediment incorre en desviació de poder perquè l'Ajuntament, amb el procediment de revisió d'ofici, busca eludir el compliment dels seus compromisos econòmics.

15. Per part dels assessors jurídics externs contractats per l'Ajuntament, en valorar les al·legacions de la mercantil mitjançant informe d'11 de novembre de 15, es posa èmfasi en què escau iniciar un nou procediment de revisió, per haver caducat l'anterior. També es conclou, en el sentit que palesava el dictamen inicial, que allò que és procedent és declarar la nul·litat parcial del contracte, únicament respecte d'aquelles obres que no estan de cap forma relacionades amb el servei d'abastament i que consideren que no es troben justificades per raó d'interès públic (Puig de Sant Ramon). Al seu parer, únicament escauria declarar la nul·litat d'aquella concreta porció de l'acord de 2009 i del corresponent contracte que el va formalitzar l'any 2010, nul·litat parcial que afectaria i faria referència exclusivament a aquestes concretes obres acabades de referir perquè la decisió s'hauria adoptar prescindint totalment i absoluta del procediment de preparació i adjudicació dels contractes administratius regulats en els títols II i III de l'LCSP. Concretament, suggereix aquell informe que seria necessari incoar un procediment de liquidació de l'obra, comprovant quines han estat les obres realment executades i indemnitzar per allò que es considerés degudament acreditat. Aquesta declaració no suposaria el reconeixement d'una indemnització a favor de SOREA per danys i perjudicis, per la quantitat que es va comprometre a aportar a fons perdut en relació amb la mateixa obra. La resta d'aspectes incorporats en la modificació contractual i la mateixa pròrroga de vint anys es reitera en aquell informe que cal considerar-la ajustada a dret. Interpreten que encara eren possibles les pròrrogues tàcites posteriors a la Llei 53/1999 i que, en qualsevol cas, sobre aquelles pròrrogues tàcites dels anys 2000 i 2005 hi operaria l'article 106 de l'LRJPAC. Decidir actualment que aquelles pròrrogues estaven viciades de nul·litat seria, al seu parer, contrari als principis d'equitat, bona fe i confiança legítima, atès el temps transcorregut.

16. Any 2016. L'Ajuntament motiva la desestimació de les al·legacions de SOREA però es declara la caducitat del procediment de revisió d'ofici. A continuació s'insta un altre procediment, el que ara és objecte de dictamen. En notificar-se a la mercantil, presenta al·legacions que en puritat reproduïxen i completen les que ja havien estat adduïdes en el seu moment. La seva desestimació és també motivada per l'Administració, que interpreta que els límits de l'article 106 no haurien d'operar.

## V. Sobre el fons de l'assumpte de la revisió d'ofici sobre la que se sol·licita dictamen

### Consideracions prèvies

L'anàlisi de la documentació facilitada a la Comissió mostra que el supòsit objecte de dictamen constitueix un procediment de revisió iniciat d'ofici, d'una banda, de l'acord plenari de 28 de juliol de 2009 (que va aprovar la pròrroga del contracte d'abastament d'aigua per un període de 20 anys, va incorporar també una encomana de gestió del servei de clavegueram i va aprovar tarifes i retribució de l'arrendatària prèviament a la seva tramesa a la Comissió de Preus de Catalunya). També, d'una altra, de la formalització de l'acord mencionat mitjançant conveni posteriorment signat entre l'alcalde i la mercantil SOREA el 7 de juliol de 2010, en atenció al qual també s'explicitava i concretava el finançament i execució de determinades obres.

La fonamentació jurídica en què l'Administració sustenta la nul·litat es localitza en diversos informes jurídics. En el de caràcter extern, sol·licitat per l'Alcaldia, s'interpreta i conclou, com s'ha dit, que es tracta d'un supòsit de nul·litat parcial, i que únicament seria procedent la revisió d'ofici sobre la base de l'article 62.1.e) de l'LRJPAC respecte d'un dels aspectes decidits en aquell període 2009-2010, concretament la contractació de les obres de Puig Sant Ramon, en no estar vinculades amb l'objecte del contracte inicial i requerir, per tant, una licitació separada. Tanmateix, els informes emesos per la Secretaria i Intervenció de 2015 (subscrits pel secretari que informa la nova incoació de l'any 2016) preconitzen la nul·litat de la totalitat d'aquells acords. En ells es motiva, com s'ha resumit, que les pròrrogues tàcites prèvies a les decisions objecte de revisió eren nul·les i per tant, que ja impedièren l'adopció de les decisions posteriorment convingudes els anys 2009-2010. A més, aquestes darreres van modificar el contracte de 1980 d'una manera substancial, sense que se seguís el procediment adient que eventualment les podia permetre, amb infracció de l'article 62.1.e) de l'LRJPAC. Des del consistori, i en la mateixa proposta d'acord d'incoació, es palesa aquesta diferència interpretativa entre informes jurídics pel que fa l'abast de la nul·litat, i es diu que no s'entra a prejutjar quin dels dos posicionaments jurídics és l'encertat. De la lectura de la proposta d'acord tot sembla indicar –i la Comissió ho dedueix– que s'està incoant la revisió d'ofici sustentada en la fonamentació que ofereixen els informes de Secretaria i Intervenció, és a dir, per la totalitat i no per una part d'aquells acords, atès que observa que es troba redactat en un punt separat que també es demana de la Comissió que es pronunciï expressament sobre la concurrència d'una eventual nul·litat parcial en els termes indicats en l'informe extern. No és aquesta una forma habitual de procedir perquè requereix d'aquest òrgan consultiu una tasca prèvia deductiva sobre quin és l'abast de la revisió d'ofici sobre la qual se sol·licita dictamen i els concrets aspectes sobre els quals es demana informe.

Un cop apuntada aquesta qüestió és procedent emetre el pronunciament de la Comissió. Són diversos els aspectes que requereixen interpretació. En l'expedient han estat proveïts i fonamentats per part de tots els intèrprets jurídics que hi han intervingut nombrosos

elements de reflexió jurídica amb remarcable extensió i rigor. Cal analitzar, en primer lloc, les pròrrogues tàcites prèvies a les decisions objecte de revisió i conèixer la possible incidència sobre la revisió instada de decisions adoptades els anys 2009-2010. També, examinar el contingut dels actes objecte de revisió per poder concloure si en ells concorria o no un vici i de quina intensitat i abast.

#### V.1. Sobre les pròrrogues tàcites dels anys 2000 i 2005

Tornant a perfilar la qüestió, es parteix d'un contracte inicial que va ser adjudicat el 7 de març de 1980. No consta la data de la seva formalització. D'acord amb la clàusula 23 del plec, la durada del contracte es va establir en 10 anys (1990) preveient que posteriorment aquells deu anys podrien ser prorrogables d'una manera expressa cada 5 anys, a petició de qualsevol de les parts. Consta que es va efectuar i formalitzar una primera pròrroga el 27 de febrer de 1990, fins al 16 de juliol de 1995, i una segona pròrroga que abastava des d'aquell dia fins al 16 de juliol de 2000. Aquesta segona pròrroga es va formalitzar en document/contracte previ de l'any 1993. En el seu clausulat es va decidir que en els anys següents ja operarien pròrrogues tàcites per iguals períodes de 5 anys, si cap de les parts contractants manifestava el contrari. De l'examen de l'expedient es dedueix que van operar en dues ocasions, a partir de l'any 2000 i a partir de l'any 2005, és a dir fins a arribar a la pròrroga expressament acordada el 28 de juliol de 2009, objecte de revisió i que en aquest cas la preveia, d'una manera expressa, per un període addicional de 20 anys.

Més enllà d'una qüestió prèvia que hom podria plantejar, precisament sobre la procedència i correcció de modificar el règim de pròrrogues establert en el plec de condicions economicoadministratives que regia la contractació de 1980 (passant de pròrrogues expresses a tàcites) amb motiu de la formalització d'una pròrroga expressa l'any 1993 (sent aquest un entre d'altres aspectes que també van ser innovats aquell darrer any), el cert és que la pregunta que d'una manera recurrent se suscita en els informes de l'expedient és la de com va afectar a aquella nova clàusula reguladora de les pròrrogues del contracte establerta el 1993 –i a les pròrrogues decidides posteriorment– la prohibició de pròrrogues tàcites, encara avui vigent, instaurada per la Llei 53/1999 (*Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*). Des dels informes de l'Administració, de Secretaria i d'Intervenció, aquesta nova regulació es considera essencial i imantaria de tal manera la relació contractual entre la mercantil i l'Administració que impediria que poguessin operar les pròrrogues tàcites que posteriorment van ser emprades a partir de l'entrada en vigor de la llei. En conseqüència, en coherència i seguint amb aquest fil argumental, temps després tampoc no podia haver-se prorrogat de forma expressa l'any 2009 allò que jurídicament ja feia temps que no existia, perquè en cap cas s'havia arribat a prorrogar tàcitament des de l'any 2000. Des de l'informe extern són aportats, en sentit dissemblant, alguns exemples d'algunes interpretacions que encara permetrien entendre que les pròrrogues tàcites sí que podrien eventualment subsistir a aquell canvi normatiu en relació amb contractes en execució, i també s'insisteix que

l'arrendament com a modalitat de gestió de servei que fou contractat inicialment mai es perpetuaria més enllà dels 50 anys.

Aquesta Comissió ha dictaminat en diverses ocasions en procediments en matèria de contractació que incorporaven pròrrogues. No s'ha emès pronunciament sobre els efectes que va tenir sobre les pròrrogues tàcites ja previstes prèviament la supressió i prohibició realitzada per la Llei 53/1999. Analitzant els múltiples pronunciaments judicials emesos en supòsits similars i també els nombrosos informes d'òrgans consultius en matèria de contractació administrativa que dictaminen sobre casos i dates que eren del tot assimilables a la que ara s'examina (molts d'ells ja mencionats expressament en els informes que aporta l'Administració), aquest òrgan constata com en la seva pràctica totalitat i sense gairebé fissures s'arriba a la conclusió que la Llei 53/1999 i la prohibició en ella establerta efectivament havia i va desplegar els seus efectes sobre contractes com el que ara centra el present procediment. En ells s'interpreta que els contractes que havien previst pròrrogues tàcites s'havien d'adaptar al nou règim i per tant, que les seves pròrrogues s'havien de decidir en qualsevol cas d'una manera expressa. Mostra d'aquest plantejament són entre d'altres, els informes 24/2004, 35/2004, 55/2004 12/2006 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en els quals les pròrrogues tàcites, decidides en contractes adjudicats conforme a la legislació anterior a la Llei 53/1999, es consideren no ajustades a dret per tal d'evitar que els contractes poguessin produir efectes indefinidament. També, en el mateix sentit, els informes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat i entre ells, l'Informe 7/2009, en el qual es conclou que les pròrrogues tàcites no són permeses a partir de l'entrada en vigor de la Llei 53/1999 i fa extensiva aquesta consideració en els casos de contractes adjudicats abans de l'entrada en vigor de l'LCAP. En idèntic sentit, l'Informe 2/2014 de la Junta Consultiva de Contractació de Canàries. També la mateixa Llei 53/1999, en l'exposició de motius, evidencia aquesta voluntat de canviar radicalment el règim anterior. Declara que una de les finalitats de la norma, a més de l'adaptació a normes europees i la simplificació, és garantir per als procediments de contractació el respecte als principis bàsics de publicitat, lliure concurrència i transparència; i la d'incorporar mecanismes que serveixin per a "incrementar la concurrència i augmentar la transparència i objectivitat en els procediments d'adjudicació en la contractació administrativa". Entre aquests mecanismes s'estableix precisament la supressió de la possibilitat de pròrrogues tàcites en els contractes administratius, juntament amb la incorporació de límits a les modificacions contractuals i la reducció de la duració dels contractes de gestió de serveis públics.

En la incoació del procediment de revisió d'ofici i en la sol·licitud de dictamen a aquest òrgan consultiu, malgrat que els informes jurídics de Secretaria i Intervenció detectin la qüestió que acaba de ser apuntada, no se sol·licita la revisió d'ofici de les pròrrogues tàcites decidides l'any 1993 i que van operar per als anys 2000 i 2005. En no ser objecte de dictamen, aquest òrgan consultiu circumscriu el seu pronunciament a allò sol·licitat. Nogensmenys, ha de convenir necessàriament amb alguns extrems que consten en el conjunt dels informes aportats. En primer lloc, que raons del temps transcorregut, d'equitat, bona fe, i de confiança

legítima en principi no aconsellarien la revisió d'ofici d'aquelles pròrrogues. També, i en segon lloc, que si les pròrrogues tàcites sobre les quals se sustenten els actes que ara són objecte de revisió eventualment poguessin no ser ajustades a dret, és també cert que inevitablement "contaminarien" els actes que ara es revisen perquè, en ells, s'ha de convenir que, entre d'altres qüestions, es parteix de la validesa de les pròrrogues prèvies i, per tant, es fonamenten en l'existència o pervivència del mateix contracte que ara es torna a prorrogar per vint anys addicionals.

## V.2. Sobre l'objecte de la revisió d'ofici (decisiones adoptades l'any 2009-2010)

### A) Consideracions prèvies sobre les modificacions efectuades

És procedent a continuació recordar en què van consistir les innovacions introduïdes sobre el contracte inicial durant els anys 2009-2010 i que, com s'ha dit, es van preveure per a operar un cop exhaurit el període per al qual foren previstes les pròrrogues tàcites ja referides.

a) Entre les decisions adoptades els anys 2009-2010 i que són objecte de revisió es troba l'establiment d'una pròrroga de vint anys al contracte inicial (fins 2030).

Aquesta pròrroga es vincula al finançament i execució d'obres no previstes inicialment. Es va fonamentar amb la finalitat que la mercantil portés a terme una sèrie d'obres i millores – que a continuació s'esmenten– i per tal que li fos possible recuperar-ne el cost, durant els vint anys mencionats, mitjançant la percepció d'una retribució addicional i amb la repercussió en la taxa del servei a satisfer per part dels usuaris. Es considerava que constituïa un mecanisme que permetia reequilibrar el contracte establert de comú acord entre l'Ajuntament i SOREA.

b) Les obres i finançament incorporats al contracte són les següents:

– Construcció de l'ETAP de Fontanilles. Aquesta instal·lació va ser construïda per l'ACA per atendre problemes de contaminació per nitrats de l'aigua subministrada a diversos municipis i entre ells la Bisbal d'Empordà. L'Ajuntament havia d'assumir el 50 % del finançament de l'obra. Es motiva que la realització d'aquesta obra podria ser justificable per raons d'interès públic. L'Ajuntament discrepa en el procediment de revisió d'ofici per entendre que, atès que aquest contracte únicament preveu el finançament d'unes obres, constitueix pròpiament un contracte de finançament o préstec.

– Obres de soterrament d'instal·lacions a la urbanització Puig de Sant Ramon. Es tracta d'obres d'urbanització que en principi tot indicaria que són totalment alienes a l'explotació del servei d'abastament. Els diversos informes no fan constar ni subratllen motius d'interès públic vinculats amb la prestació del servei d'abastament que en justifiquessin la realització. Es van adjudicar d'una manera directa a SOREA mitjançant aquesta modificació contractual.

L'informe d'Intervenció precisa que el pressupost d'execució previst per contracte era de 1.517.509,31 euros; que al conveni consten 1.881.711,40 euros, i que a data d'emissió de l'informe (9 de març de 2015) l'import de les certificacions presentades ascendeix a un total de 2.422,131,24 euros (pàg. 241 expedient).

– Execució i finançament del cost de les obres de renovació i millora de la xarxa de distribució d'aigua del municipi. Es va preveure que SOREA executés aquestes obres, d'acord amb una planificació que caldria que fos acordada amb l'Ajuntament, mitjançant una Comissió de seguiment. Es va precisar que la seva execució es perllongaria durant els anys de vigència del contracte, i cada any per un valor de 50.000 euros l'any. Respecte a aquest punt es motiva per a la seva justificació que la realització d'aquesta obra podria emparar-se en raons d'interès públic, i ampliar d'aquesta manera les inicialment adjudicades. També que, per raó de la seva quantia econòmica, escauria concloure que som davant d'una modificació contractual que no afectava condicions essencials del contracte. L'informe de Secretaria de l'Ajuntament discrepa totalment d'aquesta apreciació a la vista del valor global de les obres de millora. Malgrat que es faci saber que no es pot conèixer a quan podien ascendir les obres accessòries a què es referia el contracte inicial de 1980, “resulta difícil imaginar que l'any 1980 les empreses susceptibles de presentar-s'hi per l'arrendament de serveis personals poguessin arribar a imaginar que qui acabés sent l'adjudicatari faria obres per valor de 1.000.000 d'euros en obres de millora, és a dir 166.386.000,0 pessetes, que és el que realment ha passat (pàg. 234).

#### c) Ampliació del contracte amb el servei de clavegueram

Un altre dels aspectes que constitueix des de 2009-2010 l'objecte del contracte mencionat va ser la prestació per part de SOREA del servei públic de clavegueram. Respecte aquest punt es motiva –per a la seva justificació– que la decisió podria emparar-se en raons d'interès públic que justificarien unificar els dos serveis, tant raons de tipus tècnic com raons d'eficiència i econòmiques, ja que així s'assoliria una gestió integrada del cicle de l'aigua. La nova prestació tindria molt poca rellevància o incidència en el valor estimat del contracte i, per tant, no constituiria tampoc una modificació substancial en aquest punt. L'Ajuntament, en el procediment de revisió d'ofici, no comparteix tampoc aquest plantejament i interpretació, i considera que, pròpiament, es tracta no d'una modificació del contracte primitiu sinó de prestacions que tenen substantivitat pròpia i són independents, i que són susceptibles de ser contractades de forma separada, motivant, a aquestes efectes, com ho fa la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat i de l'Estat en els informes que es mencionen, que efectivament som davant d'una modificació substancial, i més quan aquesta qüestió no estava en cap cas prevista en els plecs originaris que van regir la contractació de 1980 (pàg. 233).

#### B) El pronunciament de la Comissió

L'exposició anterior reflecteix abastament, a parer d'aquest òrgan consultiu, l'entitat i intensitat de les decisions objecte de revisió adoptades l'any 2009 i formalitzades l'any 2010. A més del servei d'abastament d'aigua, en la modificació operada aquells anys, es procedeix a innovar l'objecte del contracte inicial amb la inclusió de les obres anteriorment citades, i en ocasions, únicament establint mecanismes de finançament d'obres públiques. El contracte inicial es modifica també incorporant, en els termes apuntats, el servei de clavegueram.

També es decideix l'any 2009-2010 una modificació de la previsió de durada del contracte i del règim de pròrrogues continguda en els plecs de condicions economicoadministratives aprovats per l'Ajuntament i que regien la contractació produïda el 1980. El contracte es prorroga trenta anys després de la seva signatura originària per vint anys mes, però amb l'addició dels nous objectes ja al·ludits. Es pot interpretar, segons considera aquest òrgan consultiu, que amb aquesta decisió es desnaturalitza la pròpia essència del que és una pròrroga, si per aquesta habitualment s'entén que allò que està sent acordat per les parts és normalment la prolongació de la duració d'una cosa, del termini de què es disposa per a fer-la o bé l'ampliació del temps corresponent per a exercir algun dret, essent en conseqüència paradoxal que en l'establiment de la pròrroga es modifiquin en la seva essència les regles que regeixen la situació que s'està prorrogant, quan habitualment tot indicaria que l'objectiu hauria de ser el de mantenir les clàusules i estipulacions anteriors.

Més enllà d'aquestes apreciacions, cal estar a les normes que regien la o les modificacions que s'estaven realitzant, perquè escau dictaminar si eren possibles i si van ser ajustades a dret. El contractes públics només poden ser alterats en els supòsits previstos legalment, tal i com ha tingut ocasió de manifestar aquesta Comissió (dictàmens 20/2012, 249/2012 i 250/2012). Cal partir de la base que en el moment en què es va produir la modificació contractual referida, com s'ha establert en el fonament anterior, el règim substantiu que l'havia d'emmarcar conduiria a l'aplicació del Reglament de contractes de les corporacions locals aprovat per Decret de 9 de gener de 1953 (RCCL), en tant que norma vigent quan es va modificar el contracte i al qual la Comissió interpreta que cal entendre que remet la disposició transitòria 1.2 de la Llei 30/2007 (dictàmens 122/2013, 437/2014 i 162/2015). El seu article 54 possibilitava, com és sabut, que per causes imprevisibles e inevitables o en virtut de motiu d'interès públic les corporacions locals poguessin modificar les prestacions d'obra o de serveis públic prèviament decidits (sempre que no s'alteri el pressupost en més d'1/5 part) i d'acord amb les regles allà establertes. La Comissió entén que amb les decisions ara qüestionades que es van produir l'any 2009-2010 es va produir una modificació, globalment considerada, de tal intensitat en el contracte de 1980 que pràcticament impossibilita que es puguin reconèixer les seves similituds amb el contracte originari. L'expedient tampoc no va acreditar adequadament en el seu moment que incorrien d'una manera indubitada i suficient els motius d'interès públic (cenyint-se bàsicament a la inconveniència de procedir a una nova licitació) ni va poder individualitzar quines eren les causes veritablement imprevisibles o inevitables que donarien el necessari suport a les modificacions contractuals. Les noves necessitats a les quals s'al·ludeix requereixen licitació independent. Pel que fa a les noves obres, no consta ni es pot deduir que foren

encarregades per exigències d'adaptació a millores o avenços tecnològics i algunes d'elles es constata que fan exclusiva referència al seu finançament. Així mateix, el servei públic de clavegueram és un servei individualitzable i amb una singularitat pròpia, que es reconeix fins i tot en la pròpia legislació reguladora del règim local. A més, malgrat que manquin dades més precises, semblaria deduir-se que les actuacions projectades sí que podrien alterar el pressupost del municipi en aquella 1/5 part a la qual el dret al·ludia. En els informes de l'Administració es diu, en aquest sentit, que "en tot cas, hem de dir que, amb la inclusió de cap a quatre milions d'euros en obres i la consegüent càrrega a tarifes per a la seva amortització, sospitem que aquest límit se sobrepassa amb escreix" (pàg. 230).

Però també, com aquest òrgan ha insistint sovint, l'aplicació del règim jurídic referit no pot en cap cas prescindir ni aïllar-se del dret europeu que en cada moment pugui ser d'aplicació. D'acord amb la jurisprudència i els informes de les juntes consultives de contractació administrativa, el règim jurídic aplicable ha de ser interpretat a la llum del dret i d'acord amb els principis que conformen la contractació pública en el dret europeu i en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) (entre d'altres, Dictamen 437/2014). Les modificacions contractuals s'han d'examinar amb cautela i rigor, s'han de motivar i possibilitar quan indubtablement hi concorrin les necessitats, en tant que són mecanismes que poden obstaculitzar que operin els principis de publicitat i lliure concurrència que regeixen la contractació en l'àmbit públic i, per tant, poden arribar a fer desvirtuar el caràcter competitiu que va tenir la licitació inicial. En el moment en què es van decidir els actes objecte de revisió, la norma europea en vigor era la Directiva 2004/18/CE, de 31 de març de 2004. Aquest òrgan consultiu entén que la jurisprudència europea dictada interpretant el seu contingut ofereix llum addicional a allò que s'acaba de mencionar. Així, en la STJUE de 29 d'abril 2004 (Assumpte 496/99, *Succhi di Frutta*) el Tribunal remarca com en les modificacions contractuals ha d'operar el principi d'igualtat de tracte dels licitadors i també el principi de transparència. Entre d'altres punts, és remarcable als efectes del present Dictamen que en aquella decisió s'estableix que són vulnerats ambdós principis quan l'entitat adjudicadora modifica durant la fase d'execució contractual les condicions de licitació, sense habilitació expressa prèvia en aquest sentit i canvia els termes de l'adjudicació respecte dels que es van estipular inicialment. No es poden modificar les condicions essencials de tal manera que, si haguessin figurat en l'anunci de la licitació, haurien permès als licitadors presentar una oferta substancialment diferent. Si no es preveu la possibilitat de modificació en qüestió quan s'estableixen les regles, quan es fixa el marc que ha de regir la licitació, com és el cas, en els anys 1979-1980, aquesta modificació ulterior no estaria permesa pel dret europeu. També en la STJUE de 19 de juny de 2008 (Assumpte C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*) el Tribunal emfasitza la importància de garantir la transparència dels procediments i la igualtat dels licitadors en les modificacions de contractes públics, i interpreta que cal entendre que les modificacions són substancials quan es canvia l'equilibri econòmic del contracte a favor de l'adjudicatari, d'una manera no prevista al contracte inicial. Per últim, en la STJUE 5 d'octubre 2000 (Assumpte 337/98, *Comissió c. França*), s'interpreta que cal entendre que les noves estipulacions que s'incorporen en un contracte són substancials i que, per tant, constitueixen pròpiament una

nova adjudicació –en el sentit de la Directiva 92/50–, a més a més del supòsit mencionat, quan introdueixen condicions noves que si haguessin estat previstes inicialment haurien permès la licitació o haurien permès seleccionar una oferta diferent a la prèviament seleccionada; així mateix, a més d'aquelles situacions, la sentència qualifica com a modificacions substancials en aquell sentit, és a dir, entenent que cal que siguin considerades com a noves adjudicacions, en els casos en què el contracte originari s'amplia en gran mesura per a cobrir serveis inicialment tampoc no previstos. Aquests pronunciaments jurisprudencials han tingut el seu ressò i materialització en el dret positiu posterior, a través de la incorporació de tot un nou règim de modificats introduït en la LCSP 30/2007, mitjançant la Llei d'economia sostenible, i que han passat al TRLCSP 3/2011. També el nou paquet de directives preveu una regulació específica sobre modificats, per primera vegada en les directives comunitàries, en la línia jurisprudencial citada (article 72 de la Directiva de contractació pública).

Acarant aquests criteris que ofereix la jurisprudència, que són d'aplicació als actes objecte de revisió, la Comissió també ha de concloure que les modificacions establertes en els actes que es revisen van constituir modificacions essencials en el sentit del dret europeu del moment. Tal com assenyala l'Administració, i més enllà dels increments retributius prèviament apuntats, “es fa difícil pensar que l'any 1980, quan va sortir a licitació la gestió del servei de l'aigua potable, les empreses susceptibles de presentar-s'hi poguessin arribar a imaginar que a qui acabés essent l'adjudicatari de l'arrendament de serveis personals se li acabarien adjudicant d'una manera directa obres d'urbanització, de millora del servei i ampliació de l'objecte incloent el servei de clavegueram” (pàg. 232 de l'expedient). Igualment, la manca d'una mínima previsió en els plecs d'un servei diferenciat com és el de clavegueram, que és directament assignat en la modificació al mateix adjudicatari inicial, condueix inevitablement a la mateixa destinació, en haver mancat, com es comprova, un nou procediment amb la necessària concurrència i publicitat. Res no impediria en un futur, com també amb d'altres serveis, que es licitessin conjuntament abastament i clavegueram, perquè són serveis públics que poden tenir relació entre ells, i que podrien ser gestionats d'una manera conjunta, però res en aquest sentit es podia ni intuir en la documentació de l'any 1980. Les problemàtiques de manca de previsió suficient en el contracte inicial i d'omissió de procediment legalment establert s'observen també, en relació amb el contracte inicial, quan s'analitzen les obres adjudicades a la mercantil amb la modificació contractual que s'està examinant. L'Ajuntament fa saber com, per exemple, i exclusivament pel que fa a Puig de Sant Ramon, SOREA és qui redacta, dirigeix i executa obres per valor de un milió d'euros que li han estat adjudicades sense procediment i directament mitjançant aquella modificació. Sense que es puguin oblidar tampoc els pronunciaments que en diverses ocasions ha realitzat aquesta Comissió respecte a les pròrrogues contractuals, precisament quan són utilitzades com a mecanisme de compensació, entenent que s'han d'emprar amb caràcter excepcional perquè l'ús d'aquesta via pot arribar a malmetre el principi de lliure concurrència regnant en el dret europeu (dictàmens 292/2009, 397/2010, 263/2012 i 122/2013). Tot això perquè considera aquest òrgan consultiu que les pròrrogues dels serveis públics estan previstes per a assegurar la continuïtat del servei i no per a reequilibrar el

contracte. I que, en els supòsits extraordinaris en què es podrien admetre, s'han de justificar d'una manera molt detallada i expressa i garantint un rigorós contrast amb d'altres alternatives per a reequilibrar el contracte, situació aquesta que en el present Dictamen la Comissió no observa tampoc que s'hagi produït (Dictamen 397/2010).

Les consideracions i fonamentació jurídica anterior condueixen aquest òrgan consultiu a pronunciar-se en el sentit que en els actes objecte de revisió hi va concórrer la causa de nul·litat prevista en l'article 62.1.e) de l'LRJPAC, en el sentit que preconitza l'Administració local. Els aspectes modificats superaven amb escreix el marge de modificació possibilitat pel Decret de 9 de gener de 1953 (RCCL) i feien mereixedora una nova licitació, conjunta o per separat de les diverses actuacions que s'hi preveïen, que no es va produir. Per tant, es va prescindir absolutament del procediment legalment establert. A la mateixa conclusió s'arriba, segons parer de la Comissió, per aplicació del règim de dret europeu vigent i de la mà de la interpretació que d'aquell dret ha realitzat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

## **CONCLUSIÓ**

S'informa favorablement sobre la revisió d'ofici a instància de l'Ajuntament de la Bisbal d'Empordà per a declarar la nul·litat de l'Acord del Ple de la corporació de 28 de juliol de 2009, i del conveni subscrit el 7 de juliol de 2010, en relació amb el contracte amb la mercantil SOREA.