

Informe 1/2018, de 7 de marzo de 2018, sobre la formalización de un convenio interadministrativo para la prestación del servicio del ciclo integral del agua y tratamiento y saneamiento de aguas residuales en un municipio.

I – ANTECEDENTES

La Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Garrucha solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“En el municipio de Garrucha, se inició de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 y 86 LRBRL y artículo 97 RDLg 781/1986 18 abril procedimiento para el ejercicio de la actividad económica en materia de servicio de la red integral de abastecimiento y depuración de aguas del municipio, que actualmente presta una entidad pública empresarial denominada Gestión de Aguas del Levante Almeriense SA (GALASA).

Se ha cumplido con la totalidad del procedimiento establecido en el citado artículo 97 TRRL según redacción dada en Ley 27/2013 27 de diciembre, y actualmente está en trámite para iniciar el procedimiento de licitación sujeto a regulación armonizada como servicio del Sector del Agua, según lo dispuesto en el artículo 9.7 del RD 55/2017 sobre desindexación de la economía, estando en la primera fase de recibir el estudio de la estructura de costes del servicio por parte de cinco operadores.

Pero por motivos de garantía en la prestación de servicio de abastecimiento y a la vista de la carga contaminante de vertido de la actual estación de depuración de Aguas residuales (EDAR) se hace necesario que dicho servicio lo prestara, si es posible, una empresa mixta del municipio colindante a Garrucha, Vera, denominada CODEUR, SA, donde el 51% del capital social pertenece íntegramente a la Entidad Local, Ayto. de Vera y el 49% pertenece a capital suscrito privado. Pero que exclusivamente gestiona el servicio de suministro, abastecimiento de agua y depuración en el referido municipio de Vera.

Dispone expresamente el artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE determina sobre los contratos entre poderes adjudicadores, que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la referida Directiva 2014/25/UE, si se cumplen todas y cada una de las condiciones que establece el referido artículo 28:

- “a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica controlada se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador;*
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*



Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. El control también podrá ser ejercido por otra persona jurídica que esté a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”.

En el apartado quinto dispone que “Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, o una medida adecuada basada en una actividad alternativa, tal como los costes soportados por la persona jurídica considerada en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de sus actividades de la respectiva persona jurídica o debido a una reorganización de sus actividades, no se disponga del volumen de negocios, o de una medida basada en una actividad alternativa como los costes, de los tres años precedentes o este ya no sea pertinente, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades”.

Por dichas cuestiones se decreta y formula la presente consulta ante la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía:

Primero.- Sería admisible la formalización de convenio interadministrativo para la gestión de servicio domiciliario de agua y saneamiento y depuración de aguas con el Excmo. Ayuntamiento de Vera a la vista de lo dispuesto en el artículo 28 de la Directiva UE 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, entre otros.

Ya que el referido artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE de efecto vertical ascendente, a la vista del incumplimiento del Reino de España de cumplir con el plazo de transposición; efecto directo cuando las determinaciones del Derecho Privado sean “claras, manifiestas e incondicionales” como el presente supuesto, dispone el referido artículo 28 que:

“Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones “ ya expuestas y que se dan por reproducidas.

Es decir, la formalización de dicho convenio afecto a la encomienda de la gestión (u otras formas de gestión entre los operadores públicos) del servicio de abastecimiento y depuración de aguas entre las dos administraciones Locales, como poderes adjudicadores, se formula:

Primera.- ¿estaría excluida de la Directiva 2014/25/UE y por ende de la legislación en materia de contratación del sector público, la formalización de dicho convenio interadministrativo en el supuesto de que fuese admisible?

Segunda.- ¿sería admisible la formalización de dicho convenio interadministrativo, al cumplirse con las determinaciones de los tres supuestos o condiciones expresamente expuestas en el referido artículo 28.1 de la Directiva 2014/25/UE?.



Tercera.- ¿o se debe de someter en cualquier supuesto a los principios y procedimientos en las disposiciones normativas en materia de contratación del sector público?.

Segundo.- Procédase a la práctica de la notificación del presente acto para determinar el comienzo de la eficacia y ejecutividad del acto notificado al órgano consultivo de contratación de la CCAA de Andalucía en materia de contratación.

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 plantean por el Ayuntamiento de Garrucha diversas cuestiones, las cuales entiende este órgano consultivo que pueden agruparse e informar de manera unificada. Son las siguientes: *sería admisible la formalización de convenio interadministrativo para la gestión de servicio domiciliario de agua y saneamiento y depuración de aguas con el Excmo. Ayuntamiento de Vera a la vista de lo dispuesto en el artículo 28 de la Directiva UE 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, entre otros; ¿estaría excluida de la Directiva 2014/25/UE, y por ende de la legislación en materia de contratación del sector público, la formalización de dicho convenio interadministrativo en el supuesto de que fuese admisible?; ¿sería admisible la formalización de dicho convenio interadministrativo, al cumplirse con las determinaciones de los tres supuestos o condiciones expresamente expuestas en el referido artículo 28.1 de la Directiva 2014/25/UE?, ¿o se debe de someter en cualquier supuesto a los principios y procedimientos en las disposiciones normativas en materia de contratación del sector público?*

El artículo 28 de la Directiva 2014/25/UE de 26 de febrero de 2014 - relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales - establece que:

“1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la referida Directiva 2014/25/UE, si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*
- b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica controlada se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador;*
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por las*



disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. El control también podrá ser ejercido por otra persona jurídica que esté a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”.

2. (...)

3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho Público o privado un control a efectos del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas las condiciones siguientes:

a) el poder adjudicador ejerce conjuntamente con otros poderes adjudicadores un control sobre dicha persona jurídica análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se llevan a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido encomendados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores, y

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o bloqueo que estén impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, se considerará que los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.

ii) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan;

4. Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) el contrato establece o lleva a cabo una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con el objetivo de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente en consideraciones relacionadas con el interés público;

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades de que se trate mediante la cooperación.



5. *Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, o una medida adecuada basada en una actividad alternativa, tal como los costes soportados por la persona jurídica considerada en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación del contrato.*

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de sus actividades de la respectiva persona jurídica o debido a una reorganización de sus actividades, no se disponga del volumen de negocios, o de una medida basada en una actividad alternativa como los costes, de los tres años precedentes o este ya no sea pertinente, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades”.

Plantea el Ayuntamiento de Garrucha la posibilidad de formalizar un convenio interadministrativo con el Ayuntamiento de Vera, convenio que estaría *“afecto a la encomienda de gestión del servicio de abastecimiento y depuración de aguas entre las dos Administraciones Locales, como poderes adjudicadores”.*

Eso significaría, según se desprende del escrito presentado por el órgano consultante, que el servicio de la red integral de abastecimiento y depuración de aguas al Ayuntamiento de Garrucha lo prestaría una empresa mixta del municipio de Vera, denominada CODEUR, SA, donde el 51% del capital social pertenece íntegramente al Ayuntamiento de Vera y el 49% del capital sería privado.

Al respecto cabe señalar que el Ayuntamiento de Garrucha cuestiona si a la formalización de dicho convenio no le sería de aplicación la Directiva 2014/25/UE y, por tanto, quedaría excluido de la legislación en materia de contratación del sector público, ya que se cumplen los tres supuestos o condiciones expresamente recogidas en el artículo 28.1 de la Directiva 2014/25/UE y que han sido reproducidas anteriormente.

Independientemente de que la Directiva 2014/25/UE no sería de aplicación a la contratación del Ayuntamiento de Garrucha sino a la de GALASA (esta Comisión presume que esto es así ya que, según se explica en la consulta, el servicio de la red integral de abastecimiento y depuración de aguas del municipio de Garrucha lo presta GALASA), hay que decir que las encomiendas de gestión de los poderes adjudicadores a medios considerados como propios de estos está regulada en los artículos 4.1 n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El artículo 4.1.n) del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación *“los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación (...)”.*



Y el artículo 24.6 del TRLCSP dispone que:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1 n), los entes organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

En términos muy similares se regula, en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 32.2 apartados a) b) c) y d), los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados.

Por tanto, para que pueda admitirse una encomienda de gestión entre un poder adjudicador y su ente instrumental éste deberá ser considerado medio propio de aquél, lo cual sólo procederá si se cumplen los siguientes requisitos: la condición de medio propio debe reconocerse expresamente en la norma de creación del ente o en sus estatutos; el poder adjudicador debe ostentar sobre el ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; y el ente debe realizar la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador.

Teniendo presente estas consideraciones realizadas sobre la figura de las encomiendas de gestión, procede analizar si tales consideraciones son aplicables a las relaciones entre los Ayuntamiento de Vera y de Garrucha con respecto a la empresa mixta CODEUR, SA.

Según manifiesta el Ayuntamiento de Garrucha el 51% del capital social de la empresa mixta CODEUR SA pertenece íntegramente al Ayuntamiento de Vera, no obstante el 49% del capital social es privado. Por ello, cabe concluir que una de las premisas establecidas en el artículo 28.1 de la Directiva 2014/25/UE “que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada” y en el artículo 24.6 del TRLCSP “si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”, no se cumple,



siendo preciso que para que el contrato quedará excluido de la aplicación de la citada Directiva se cumpliesen todas y cada una de las condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 28 de la Directiva y en el párrafo 1º del apartado 6 del artículo 24 del TRLCSP.

Por otra parte, aún cuando así hubiese sido y se hubiesen dado todas las condiciones recogidas en el artículo 28 de la Directiva para la no aplicación de la misma, y lo establecido en el artículo 24.6 del TRLCSP para ser considerado medio propio, esa relación se daría entre el Ayuntamiento de Vera y la empresa mixta CODEUR, SA pero no entre el Ayuntamiento de Garrucha y dicha empresa puesto que no hay relación alguna entre dichas entidades.

Al respecto cabe señalar que, según se desprende de la propia consulta, CODEUR, S.A. *“exclusivamente gestiona el servicio de suministro, abastecimiento de agua y depuración en el referido municipio de Vera”* por lo que su territorio de actuación no comprendería Garrucha.

En el Informe 5/2010, de 7 de julio de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública se recoge *“como queda expuesto, uno de los requisitos sustantivos para que pueda admitirse una encomienda de gestión entre un poder adjudicador y su entidad instrumental (medio propio y servicio técnico), es que ésta última debe realizar, necesariamente, la parte esencial de su actividad para el ente que la controla. La aceptación de las encomiendas de gestión a favor de entes instrumentales, como técnica no sujeta a las reglas de la contratación pública, está basada exactamente en su estricto y exclusivo carácter instrumental”*.

Pero es que en el presente caso ni siquiera puede hablarse de un poder adjudicador (Ayuntamiento de Garrucha) que desee hacer una encomienda de gestión a una entidad instrumental (CODEUR SA) puesto que esta última no es medio propio o servicio técnico de ese poder adjudicador sino de otra entidad local (Ayuntamiento de Vera).

Es decir, se pregunta por la posibilidad de formalizar un convenio interadministrativo entre dos entidades locales, con la finalidad de que una de ellas pueda recibir el mismo servicio por parte de una empresa que presta dicho servicio, como medio propio, a la otra entidad local. Suponiendo además la formalización de dicho convenio que no se aplicarían las normas en materia de contratación lo que supone una excepción a la aplicación de los principios de competitividad y libre concurrencia.

Esta Comisión Consultiva entiende que el supuesto planteado debe resolverse atendiendo a los principios y procedimientos establecidos en las disposiciones normativas en materia de contratación del sector público, opción que el propio Ayuntamiento de Garrucha contempla en su escrito para el caso de que no se considere viable la formalización del convenio con el Ayuntamiento de Vera.

III – CONCLUSIONES

1.- Una empresa mixta de un Ayuntamiento no puede ser considerada medio propio o servicio técnico de otro Ayuntamiento si no concurren los requisitos del artículo 24.6 del TRLCSP.



2.- Para que no se aplique la Directiva 2014/25/UE a un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado deben cumplirse todas y cada una de las condiciones establecidas en el artículo 28 apartado 1 de dicha Directiva.

Es todo cuanto se ha de informar.

