Recurso 326/2022
Resolución 465/2022
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 22 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **GRUPO MUNICIPAL POPULAR ÉCIJA** contra el acuerdo aprobado en sesión extraordinaria del pleno del Ayuntamiento de Écija (Sevilla) de fecha 5 de agosto de 2022 «Punto 3º.- Proposición del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Área de Desarrollo Urbano Sostenible, relativo a encomendar –en virtud de lo previsto en el Art. 16.A 4º Pliego de Condiciones Administrativas- a la actual adjudicataria del servicio "Aqua Campiña, S.A.", la redacción del Proyecto y Ejecución de las obras de "Ampliación de Colector de Aguas Residuales/Pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al Canal Recreativo", así como ampliación del plazo concesional» (Expte. MC/GSP-2001/2022), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El pleno del Ayuntamiento de Écija reunido en sesión extraordinaria el 5 de agosto de 2022 acuerda en su punto tercero, aprobar la proposición del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Área de Desarrollo Urbano Sostenible, indicada en el encabezamiento de la presente resolución. Su tenor en lo que aquí interesa es el siguiente:

«PRIMERO.- Encomendar –en virtud de lo previsto en el Artículo 16.A 4º Pliego de Condiciones Administrativas- a la actual adjudicataria del servicio AQUA CAMPIÑA, S.A., la redacción del Proyecto y ejecución de las Obras de «AMPLIACIÓN DE COLECTOR DE AGUAS RESIDUALES/PLUVIALES EN PLAZA DE COLON, CALLE CALZADA, CALLE MAYOR Y CALLE PESO, HASTA EVACUAR AL CANAL RECREATIVO».

Quedando condicionada la ejecución de las obras a la supervisión, aprobación por la Corporación Municipal en Pleno y Replanteo del Proyecto de Obras. Asimismo, de acuerdo con el Artículo 124. d) RDLeg 2/2000, de 16 de junio, o con el Artículo 233.1 d) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; en el citado acuerdo de la Corporación Municipal en Pleno (como órgano de contratación) se determinará el Presupuesto de las obras, como importe definitivo de la modificación del contrato.

SEGUNDO.- Establecer como medio de reequilibrio económico del contrato la ampliación –como máximo- del plazo concesional en diez (10) años. A estos efectos, se fija como coste máximo de las referidas obras el estimado por D. Rafael Fernández Rueda, Ingeniero Técnico Obras Públicas de este Excmo. Ayuntamiento de Écija en su Informe de

08/06/2022, que asciende a 3.594.793,17 €. Considerando asimismo que los costes que en su momento se establezcan como definitivos se verán incrementados con los propios del mantenimiento y conservación de las nuevas instalaciones hasta el final del plazo de concesión incrementado.

Estableciéndose expresamente a los efectos del Artículo 261 del entonces vigente Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, actualmente Artículo 360 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la prórroga de la Sociedad Mixta AQUA CAMPIÑA S.A. en diez (10) años más de los inicialmente previstos (25 años); prórroga que deberá ser elevada a Escritura Pública e inscrita en el Registro Mercantil, como modificación del Artículo 4.1 de los Estatutos Sociales de AQUA CAMPIÑA S.A..».

SEGUNDO. El 24 de agosto de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por el GRUPO MUNICIPAL POPULAR ÉCIJA (en adelante la recurrente) contra el citado acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Écija reunido en sesión extraordinaria el 5 de agosto de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 25 de agosto de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado tras reiteración de 31 de agosto de 2022 fue recibido en este Órgano el 1 de septiembre de 2022, salvo el acto impugnado.

El 9 de septiembre de 2022 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del mencionado acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Écija, solicitada por la recurrente.

Con fecha 12 de septiembre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a la entidad adjudicataria AQUA CAMPIÑA S.A. para que formulara las alegaciones al recurso interpuesto que considerase oportunas, las cuales fueron presentadas por dicha entidad en el plazo establecido para ello.

Por último, el 14 de septiembre de 2022, la Secretaría del Tribunal requiere al Ayuntamiento de Écija para que aporte el acto impugnado, esto es el acuerdo recogido en el punto tercero del pleno del Ayuntamiento de Écija reunido en sesión extraordinaria el 5 de agosto de 2022. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 19 de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Écija (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, por sí o a través de la Diputación provincial, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

Al contrato de gestión de servicio público del que trae causa el acuerdo que se impugna le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, rige en el mismo lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de

8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y en los pliegos y demás documentación. Y ello, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que dispone que *«2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior»*.

Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la citada LCSP, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del apartado cuarto de la citada disposición transitoria primera de dicha ley, que establece que «*En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.*».

SEGUNDO. Legitimación.

El recurso que se examina ha sido interpuesto por todos los concejales miembros de GRUPO MUNICIPAL POPULAR ÉCIJA, por lo que procede analizar la legitimación que ostentan los concejales de una Corporación municipal para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Al respecto, este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de manifestarse en las Resoluciones, entre otras, 89/2013, de 15 de julio, 165/2015, de 30 de abril y 151/2018, de 23 de mayo. En ellas se hace referencia a la regulación legal de la legitimación para la interposición del recurso. Actualmente, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP que dispone en lo que aquí concierne que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*».

Asimismo, las citadas Resoluciones se remiten al apartado b) del artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que *«Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:*
b) Los miembros de las Corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.».

En este sentido, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone en su artículo 24.6 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados.»*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, ha mantenido reiteradamente, por lo que se refiere a los miembros de las Corporaciones Locales, que *«existe una legitimación ex lege, que proviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez,*

de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de bases de régimen local».

Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que *«el concejal, por su condición de miembro -no de órgano- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación»*.

En el supuesto examinado, visto lo anterior, los concejales que formalizan el presente recurso como miembros del grupo popular del Ayuntamiento de Écija gozan de legitimación activa para la interposición del recurso, dado que los mismos -según consta en el propio acuerdo- votaron en contra del acto que se impugna.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la modificación de un contrato por entender la recurrente que la modificación debió ser objeto de una nueva licitación y posterior adjudicación, por lo que al ser el contrato de concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartado 2.d) de la LCSP.

En este sentido, el acto que se recurre ha de ser calificado como modificación del contrato, a pesar de que todavía no se conozca con certeza el importe definitivo de la misma.

No es posible atender el alegato de la entidad adjudicataria de que el acto recurrido no es susceptible de recurso especial en materia de contratación. Al respecto, manifiesta que conforme a la disposición transitoria primera de la LCSP, los acuerdos de modificación del contrato no son impugnables mediante recurso especial en relación a los contratos ya adjudicados cuando entró en vigor la citada ley; a su entender el único acto dictado en ejecución de un contrato que sí podría incluirse como susceptible de un recurso especial en materia de contratación es el de rescate, pues sí lo permite dicha disposición transitoria, pero no el de modificación del contrato.

Pues bien, como se ha expuesto en el fundamento de derecho primero, el procedimiento del presente recurso especial se rige por la LCSP, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley. En efecto, como se ha expuesto anteriormente, el segundo párrafo del apartado cuarto de la citada disposición transitoria primera dispone que *«En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.».* Por tanto, en el supuesto examinado, habiéndose dictado el acto impugnado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, la modificación del contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartado 2.d) de la citada LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el acuerdo de modificación del contrato que se recurre fue adoptado el 5 de agosto

de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 24 de agosto de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado e) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Écija reunido en sesión extraordinaria el 5 de agosto de 2022 citado en el encabezamiento, solicitando a este Tribunal que con estimación de mismo se resuelva *«anular el acto administrativo aprobado por la Corporación Municipal contra la que se interpone el presente recurso por no ser ajustado a derecho, con todos los demás efectos inherentes a tal declaración.»*.

En síntesis la recurrente denuncia:

1. Vulneración de lo dispuesto en la disposición adicional vigésima segunda de la LCSP. Tras reproducir la misma, señala la recurrente que en la entidad adjudicataria no concurre mayoritariamente el capital público, sino el privado, de conformidad con la constitución de dicha sociedad, que se adjunta al recurso como documento 2, por lo que, se vulnera la referida disposición adicional.

2. Inviabilidad jurídica de la ejecución directa de la obra a la sociedad mixta adjudicataria. Indica la recurrente que no es posible de conformidad con la legislación actual la modificación del contrato de gestión de servicio público que se examina, y la ampliación de su plazo de duración como mecanismo de compensación para el restablecimiento del equilibrio económico que se va a generar como consecuencia de la ejecución de las obras de ampliación del mencionado colector.

En este sentido, señala que ha de tenerse en cuenta que la entidad adjudicataria es un sociedad mixta y, por tanto, en la selección del socio privado se exigieron en su día que se respetasen las reglas establecidas legalmente para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituye el objeto de la nueva sociedad, motivo por el cual, la misma se creó con una duración inicial de 25 años, tiempo total de la concesión de servicios concedida, por lo que, una vez que se seleccionó el socio privado y de cara a la ejecución del contrato en cuestión, el cual se aporta como documento número 2, no se pueden introducir modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado, que es lo que se ha hecho con el acuerdo contra el que ahora se interponer el presente recurso especial.

3. Nulidad de la ejecución directa, sin sacar a licitación, de la obra encomendada a la entidad adjudicataria. Tras realizar determinadas argumentaciones relativas a las formas de gestión de los servicios públicos y de cierto requisito que ha de reunirse para considerar a un ente instrumental como medio propio, la recurrente afirma que no es posible el encargo directo de ejecución de obras a una empresa mixta, pues, como señala el artículo 154.2 del TRLCAP, *«únicamente se excepciona la aplicación de las normas del contrato de gestión de servicios públicos, los supuestos en que la gestión de los mismos se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma»*, lo que no ocurre en el caso

que nos ocupa con la empresa adjudicataria motivo por el cual, se ha de estimar el presente recurso y declarar nulo y sin efecto el acto jurídico impugnado.

4. Inviabilidad jurídica de la ejecución directa, por la sociedad mixta adjudicataria de las obras mencionadas, mediante modificación del contrato de gestión de los servicios públicos adjudicados. Al respecto, afirma estar conforme con el análisis efectuado en el informe de secretaría número 92/2022 del Ayuntamiento de Écija (en adelante informe 92/2022), en relación a la legislación aplicable en el presente supuesto, cuyo razonamiento no se reproduce por razones de economía procesal, pero haciendo suya las consideraciones que se realizan en el informe al que se ha hecho referencia anteriormente, que concluye que *«la normativa aplicable a la modificación del contrato de gestión de los servicios públicos objeto del presente informe jurídico es la vigente en el momento de la celebración del contrato, concretamente, el TRLCAP, pero interpretada en coherencia con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (artículo 7.2), así como por la jurisprudencia comunitaria.»*. Tras lo cual realiza una extensa argumentación en los mismos términos del citado informe 92/2022.

5. Nulidad de la ampliación del plazo de duración del contrato concedido en su día a la adjudicataria, como mecanismo de compensación para el restablecimiento del equilibrio económico que se va a generar como consecuencia de la ejecución de las obras adjudicadas. En este sentido, la recurrente después de una amplia alegación, en términos muy similares a la recogida en el mencionado informe 92/2022, afirma que las citadas obras deben ser objeto de una nueva licitación que respete los principios que deben regir la contratación pública (artículo 1 de la LCSP), sin que la vigencia del contrato de concesión de los servicios públicos existente deba verse afectada por la contratación de forma independiente, de las prestaciones no comprendidas en su objeto y, por tanto, el presente recurso ha de ser íntegramente estimado.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Consta en el expediente de contratación recibido en este Tribunal un documento firmado por la persona titular de la Sección de Contratación y Patrimonio, dependiente del Servicio de Organización y Recurso del Ayuntamiento de Écija, dirigido a este Órgano, en el que se señala lo siguiente:

«Adjunto se remite, Resolución del Teniente Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente, de fecha 31/08/2022 –Decreto núm.: 2022/2332- [que se adjunta], admitiendo a trámite el recurso de reposición interpuesto con fecha 22/08/2022 y Registro de Entrada núm.: 11.457, por los Portavoces de los Grupos Municipales Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y Podemos Écija, contra el Punto 3º.- Proposición del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Área de Desarrollo Urbano Sostenible, relativa a encomendar –en virtud de lo previsto en el Artículo 16.A 4º Pliego de Condiciones Administrativas- a la actual adjudicataria del servicio «Aqua Campiña, S.A.», la redacción del Proyecto y Ejecución de las obras de «Ampliación de Colector de Aguas Residuales/Pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al Canal Recreativo», así como ampliación del plazo concesional.

Asimismo se remite, en relación a los Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía Ref.: ACA; Recurso Tribunal: 326/2022 [Registro de Entrada núm.: 11.627] y Recurso Tribunal: RCT 331/2022 [Registro de Entrada núm.: 11.738], la siguiente documentación:
- Expediente completo y ordenado.

Igualmente, se pone en su conocimiento –que transcurrido el plazo de alegaciones referido al Recurso de Reposición interpuesto con fecha 22/08/2022 y Registro de Entrada núm.: 11.457, por los Portavoces de los Grupos Municipales

Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y Podemos Écija- está prevista la celebración, bien de Pleno Extraordinario, bien incorporación en el Pleno ordinario de septiembre la Resolución de dicho Recurso de Reposición.».

Sobre el fondo de la cuestión no se ha aportado por el Ayuntamiento de Écija información al respecto. Tal ausencia por parte de dicho órgano de contratación de alegación alguna que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo y 537/2021, de 10 de diciembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

La entidad adjudicataria que se opone a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidas. En síntesis, basa su oposición al recurso en que a su juicio el acto objeto de recurso en absoluto es un acuerdo de adjudicación directa de una obra a su empresa, como se insinúa de contrario; tampoco es la prórroga de un contrato que no estaba prevista en el pliego, como también se insinúa; y desde luego, no es un acuerdo de modificación sustancial de un contrato administrativo, alterando el precio y demás condiciones de la licitación, suponiendo por tanto un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública, porque supuestamente las entidades licitadoras distintas de la adjudicataria podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedoras de la "modificación" que ahora aprueba el Ayuntamiento. Dichos argumentos se desarrollan ampliamente en su escrito de alegaciones.

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Como ha indicado la recurrente, consta en el expediente de contratación remitido, un extenso informe de la secretaría del Ayuntamiento de Écija, número 92/2022, relativo, según consta en su asunto, a la modificación del contrato de gestión de los servicios públicos municipales de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Écija. En dicho informe 92/2022 se analizan, entre otras, las distintas cuestiones que denuncia la recurrente de forma fundamentada y que este Tribunal comparte.

Dichos argumentos esgrimidos en el citado informe de secretaría, en las cuestiones planteadas en el recurso, que como se ha expuesto este Tribunal comparte, constan en las actuaciones del procedimiento de recurso, dándose aquí por reproducidas.

En este sentido, como fundamento de la presente resolución, se va a proceder a reproducir, en lo que aquí interesa, las conclusiones a las que llega el mencionado informe 92/2022. Su tenor es el siguiente:

> «PRIMERA.- En cuanto a la naturaleza jurídica de las Sociedades de Economía Mixta, éstas se constituyen como una forma de gestión indirecta de los servicios públicos mediante la creación de una sociedad mercantil con participación de la entidad pública titular del servicio.
>
> En la selección del socio privado se exige que se respeten las reglas establecidas legalmente para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya el objeto de la nueva sociedad. Además de lo anterior, una vez seleccionado el socio privado y de cara a la ejecución del contrato en cuestión no

se pueden introducir modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato, que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Esta fórmula, ya recogida con anterioridad en el derecho español, fue acogida posteriormente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSET (Asunto C 196/08) y plasmada en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008. En ambas se define este supuesto como un caso de colaboración público-privada institucional. Era habitual que antes de la entrada en vigor de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la fórmula empleada fuera la del contrato de gestión de servicios públicos mientras que en la vigencia de la nueva ley la fórmula habitual será la de la concesión de servicios.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, también cabe destacar que la relación jurídica que se establece tras la licitación tiene por objeto la prestación de un servicio público por parte de la Sociedad de Economía Mixta que, en casos como el que nos atañe, queda vinculada con la entidad titular de aquél, de modo que la sociedad de economía mixta se constituye en contratista. Así resulta de lo dispuesto en el art. 182 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

SEGUNDA.- En cuanto a la viabilidad jurídica de encomendar el Excmo. Ayuntamiento de Écija a la Sociedad Mixta “Aqua Campiña, S.A.”, la ejecución directa, por ésta, de obras consistentes en “Ampliación de colector de aguas residuales/pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al canal recreativo”, no resulta posible por los motivos que son expuestos a continuación.

La gestión directa es la realizada por la propia Administración, por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquélla jurídica y económicamente. En el primer caso, la Entidad Local puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades de la misma, o a través de una “organización especializada”. El segundo sistema de gestión directa, consiste en la creación de una persona jurídica instrumental, ya sea de derecho público o de derecho privado, participada íntegramente por el ente público. La consideración de estos entes instrumentales como “medios propios” requiere que la totalidad de su capital sea de titularidad pública, tal y como estableció la Sentencia del TSJE de 11 de enero de 2005 (Asunto C-26/03, Stad Halle), y ha sido corroborado por la STJCE de 8 de abril de 2008, (asunto Comisión Vs. República Italiana) y la STJCE de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Sea srl.), pues la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

Asimismo, y aun cuando en el TRLCAP no se contiene una previsión al respecto, y habida cuenta de la conexión del contenido con el asunto que nos ocupa, consideramos conveniente hacer referencia a la regulación contenida en el derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), en su

Disposición Adicional Vigésimo Novena (y actualmente en la Disposición Adicional Vigésimo Segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público),
conforme a la cual:

(…).

Como ha indicado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 1/2012, de 1 de febrero:

(...)

En definitiva, no es posible el encargo directo de ejecución de obras a una empresa mixta, pues, como señala el artículo 154.2 del TRLCAP, únicamente se excepciona la aplicación de las normas del contrato de gestión de servicios públicos, los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

TERCERA.- En cuanto a la viabilidad jurídica de la ejecución directa, por la Sociedad Mixta "Aqua Campiña, S.A." de obras consistentes en "Ampliación de colector de aguas residuales/pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al canal recreativo", mediante modificación del contrato de gestión de los servicios públicos adjudicados, debemos hacer referencia en primer lugar, al régimen jurídico aplicable a las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP; y en segundo lugar, al análisis de la concurrencia, en el caso que nos ocupa, de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para introducir modificaciones en el objeto del contrato.

- Régimen jurídico aplicable a las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Con base en los fundamentos de derecho expuestos, podemos concluir que la normativa aplicable a la modificación del contrato de gestión de los servicios públicos objeto del presente informe jurídico es la vigente en el momento de la celebración del contrato, concretamente, el TRLCAP, pero interpretada en coherencia con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (artículo 72), así como por la jurisprudencia comunitaria.

- Análisis de la concurrencia, en el caso que nos ocupa, de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para introducir modificaciones en el objeto del contrato.

Con base en expuesto, consideramos que en el supuesto planteado no concurren causas imprevistas que legitimarían una modificación contractual, por cuanto el problema de las inundaciones en la zona Plaza de Colón, Calles La Calzada y Merinos (y zonas aledañas) se configuran como un problema histórico que tiene la ciudad de Écija, como consta en la Memoria Justificativa y en el informe jurídico obrante en el expediente.

Por tanto, dichas obras podrían haberse incluido en el objeto del contrato de gestión de los servicios públicos en el momento de su licitación, de tal forma que puede concluirse que no nos encontramos ante una situación imprevista ni imprevisible para el órgano de contratación.

Esta conclusión se fundamenta además con la interpretación que del concepto jurídico indeterminado «causas imprevistas» realiza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 5/10, de 23 de julio de 2010, según lo siguiente: *«para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato».*

Además, y para que pueda producirse una modificación contractual, no debe entenderse que con ella se produce una nueva adjudicación. Así, el TJCE en Sentencia de 19 de junio de 2008, Asunto Presstxt Nachrichtenagentur GMBH considera que *«con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato».*

La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.

Se puede concluir que la pretendida modificación, de llevarse a efecto, alteraría el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del mismo de una manera sustancial y no prevista en los términos del contrato inicial, por lo que consideramos que no procede la referida modificación contractual, y que la misma, de efectuarse, constituiría una adjudicación directa, contraviniendo la jurisprudencia comunitaria, así como el régimen contenido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que aunque no directamente aplicable, debe servir también como referencia.

CUARTA.- En cuanto a la viabilidad jurídica de la ampliación del plazo de duración del contrato de gestión de servicios públicos como mecanismo de compensación para el restablecimiento del equilibrio económico que se va a generar como consecuencia de la ejecución de las obras consistentes en “Ampliación de colector de aguas residuales/pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al canal recreativo”, por la Sociedad de Economía Mixta, con base en la fundamentación jurídica antes expuestas, consideramos que no resulta ajustada a Derecho, por los siguientes motivos:

1.- Con carácter general, por cuanto la ampliación del plazo de las concesiones (o de los contratos de gestión de servicios públicos), puede perjudicar a la libre concurrencia, de tal forma que debe ser

analizada de forma restrictiva, y únicamente será ajustada a Derecho cuando concurran los supuestos que la ley establece.

2.- Por cuanto, en el caso que nos ocupa, no existe previsión en el TRLCAP que admita la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio económico-financiero alterado de las concesiones (y sin que la previsión de prórroga del plazo de duración de la sociedad, contenida en el artículo 4 de los Estatutos de la sociedad "Aqua Campiña S.A." aprobados por el Pleno de la Corporación Municipal en Sesión Extraordinaria celebrada el día 5 de abril de 2001, pueda invocarse para legitimar la prórroga del contrato).

3.- De lo indicado en el apartado 2 anterior, resulta que debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos.

4.- De no actuarse como se indica en el apartado anterior, el contrato de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazo impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia.

Por tanto, las citadas obras deben ser objeto de una nueva licitación que respete los principios que deben regir la contratación pública (artículo 1 LCSP), sin que la vigencia del contrato de concesión de los servicios públicos existente deba verse afectada por la contratación de forma independiente, de las prestaciones no comprendidas en su objeto.

QUINTA.- Por tanto, las citadas obras deben ser objeto de una nueva licitación que respete los principios que deben regir la contratación pública (artículo 1 LCSP), sin que la vigencia del contrato de concesión de los servicios públicos existente deba verse afectada por la contratación de forma independiente, de las prestaciones no comprendidas en su objeto.**».**

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La corrección de las infracciones legales cometidas, y que han sido analizadas y determinadas en los fundamentos de derecho quinto y sexto de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando el acuerdo aprobado en sesión extraordinaria del pleno del Ayuntamiento de Écija de fecha 5 de agosto de 2022 «Punto 3º.- Proposición del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Área de Desarrollo Urbano Sostenible, relativo a encomendar –en virtud de lo previsto en el Art. 16.A 4º Pliego de Condiciones Administrativas- a la actual adjudicataria del servicio "Aqua Campiña, S.A.", la redacción del Proyecto y Ejecución de las obras de "Ampliación de Colector de Aguas Residuales/Pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al Canal Recreativo", así como ampliación del plazo concesional», conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el **GRUPO MUNICIPAL POPULAR ÉCIJA** contra el acuerdo aprobado en sesión extraordinaria del pleno del Ayuntamiento de Écija (Sevilla) de fecha 5 de agosto de 2022 «Punto 3º.- Proposición del Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Área de Desarrollo Urbano Sostenible, relativo a encomendar –en virtud de lo previsto en el Art. 16.A 4º Pliego de Condiciones Administrativas- a la actual adjudicataria del servicio "Aqua Campiña, S.A.", la redacción del Proyecto y Ejecución de las obras de "Ampliación de Colector de Aguas Residuales/Pluviales en Plaza de Colón, Calle Calzada, Calle Mayor y Calle Peso, hasta evacuar al Canal Recreativo", así como ampliación del plazo concesional» (Expte. MC/GSP-2001/2022) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 9 de septiembre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.