
INFORME DEFINITIVO DE FISCALIZACIÓN

**SOBRE LOS EXPEDIENTES DEL
AYUNTAMIENTO DE GOZÓN NÚMEROS
BO-1587-2002, BO-5820-2003, BO-2563-
2005 Y BO-5422-2005.**



Sindicatura de Cuentas
del Principado de Asturias

El Consejo de la Sindicatura de Cuentas en ejercicio de su función fiscalizadora establecida en el artículo 6 de la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, ha aprobado en sesión de 21 de agosto de 2017 el "Informe Definitivo de Fiscalización sobre los expedientes del Ayuntamiento de Gozón Números BO-1587-2002, BO-5820-2003, BO-2563-2005 Y BO-5422-2005". Asimismo ha acordado su elevación a la Junta General para su tramitación parlamentaria y su remisión a las entidades objeto de fiscalización, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley de la Sindicatura de Cuentas.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	6
I.1. Iniciativa de la fiscalización.....	6
I.2. Ámbito subjetivo y temporal	6
I.2.1. Ámbito subjetivo.....	6
I.2.2. Ámbito temporal	6
I.3. Objetivos y alcance	7
I.4. Marco normativo	7
I.5. Trámite de alegaciones.....	8
II. RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN	9
III. RESPONSABILIDAD DE LA SINDICATURA DE CUENTAS	10
IV. OPINIÓN DE LA FISCALIZACIÓN DE CUMPLIMIENTO	11
IV.1. Fundamento de la opinión de cumplimiento desfavorable	11
IV.2. Opinión sobre cumplimiento de legalidad desfavorable	15
IV.3. Párrafo de énfasis y de otros asuntos significativos	15
V. RECOMENDACIONES	16
VI. ANÁLISIS DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN	17
VI.1. Consideraciones generales	17
VI.2. Contrato del servicio de limpieza viaria. Expediente BO - 1587/2002.....	19
VI.2.1. Tipificación del contrato	19
VI.2.2. Actuaciones administrativas previas	20
VI.2.3. Expediente de contratación.....	21
VI.2.4. Adjudicación y Formalización.....	21
VI.2.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción.	21
VI.3. Contrato de recogida de residuos. Expediente BO - 5820/2003	24
VI.3.1. Tipificación del contrato	24
VI.3.2. Actuaciones administrativas previas	24
VI.3.3. Expediente de contratación.....	25
VI.3.4. Adjudicación y formalización	26
VI.3.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción.	26
VI.4. Contrato de agua y alcantarillado. Expediente BO - 2563/2005.....	29
VI.4.1. Tipificación del contrato	29
VI.4.2. Actuaciones administrativas previas	29
VI.4.3. Expediente de contratación.....	31
VI.4.4. Adjudicación y formalización	32
VI.4.5. Fase de ejecución	32
VI.5. Construcción de área residencial-asistencial. Expediente BO- 5422/2005.....	37
VI.5.1. Tipificación del contrato	37
VI.5.2. Actuaciones administrativas previas	37
VI.5.3. Expediente de contratación.....	39
VI.5.4. Adjudicación y formalización	40

VI.5.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción 41

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AP/AAPP	Administración Pública / Administraciones Públicas
Art.	Artículo
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
EELL	Entidades locales
ERA	Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias
ICEX	Instituciones Públicas de Control Externo
ICIO	Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
JCCAIE	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
JGL	Junta de Gobierno Local
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LGT	Ley General Tributaria
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local
LRSAL	Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
LSC	Ley de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
Núm.	Número
PA	Principado de Asturias
PCAP	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
PPT	Pliego de Prescripciones Técnicas
RC	Retención de crédito
RD	Real Decreto
RGLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RGR	Reglamento General de Recaudación
RSU	Residuo sólido urbano
S/D	Sin dato
SC	Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLRHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
TSJPA	Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Iniciativa de la fiscalización

Corresponde a la SC el control externo de la actividad económico-financiera del sector público autonómico del PA, en el ejercicio de la función fiscalizadora establecida en el artículo 6 de la LSC.

La Junta General del PA el 6 de abril de 2016 solicitó, conforme al artículo 12.2 de la LSC, el ejercicio de la función fiscalizadora respecto a determinados expedientes de contratación del Ayuntamiento de Gozón.

El Consejo de la SC en su reunión de 26 de abril de 2016 acordó modificar el Programa Anual de Fiscalizaciones para el año 2016 incluyendo en el mismo, entre otros, el Informe de Fiscalización sobre los expedientes del Ayuntamiento de Gozón números BO-1587-2002, BO-5820-2003, BO-2563-2005 Y BO-5422-2005.

Los expedientes se corresponden respectivamente con los siguientes contratos: servicio de limpieza viaria, servicio de recogida de residuos, servicio de agua y alcantarillado y construcción de área residencial-asistencial.

I.2. Ámbito subjetivo y temporal

I.2.1. Ámbito subjetivo

Según lo establecido en el Programa de Fiscalización para el ejercicio 2016, compone el ámbito subjetivo de la presente fiscalización el Ayuntamiento de Gozón.

I.2.2. Ámbito temporal

La fiscalización a realizar se extiende desde el ejercicio 2002 hasta el ejercicio 2005 en lo relativo a la formalización de los contratos y los ejercicios que sean precisos en lo referente a la ejecución de los mismos, sin perjuicio de que, cuando se ha considerado necesario, hayan podido ser objeto de análisis transacciones acaecidas con anterioridad o posterioridad a dichos ejercicios, a fin de delimitar los antecedentes que dieron lugar a transacciones u operaciones vigentes en el periodo de la fiscalización o, en su caso, comprobar el desenlace de las mismas ocurrido en ejercicios posteriores.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en las Normas de Auditoría del Sector Público, también pueden haber sido objeto de análisis las operaciones acontecidas hasta la fecha de finalización de los trabajos y emisión del Informe Provisional, enmarcando dichas actuaciones en el análisis de los hechos posteriores.

I.3. Objetivos y alcance

La fiscalización realizada ha tenido como objetivo general la revisión de los cuatro expedientes del Ayuntamiento de Gozón. Como objetivos específicos se establecieron los siguientes:

- Comprobar la correcta tipificación de los contratos.
- Verificar que la licitación y adjudicación de los contratos se ajusta a la normativa contractual en cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.
- Revisar la correcta ejecución y en su caso recepción de los referidos contratos así como la legalidad de las posibles incidencias (modificaciones, prórrogas, cesiones...) que hubieran surgido durante la misma.

Para poder dar cumplimiento a estos objetivos se ha realizado una fiscalización de cumplimiento, conforme a los Principios y Normas fundamentales de fiscalización denominados ISSAI-ES, los cuales fueron aprobados por las ICEX en el ejercicio 2014. Estos Principios y Normas, si bien no suponen un cambio significativo en la metodología de trabajo de la SC han supuesto la necesidad de adaptar la estructura de los informes de fiscalización a la establecida en las mismas.

I.4. Marco normativo

La principal regulación relacionada con la fiscalización es la siguiente:

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
- Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.
- Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

- Decreto, de 17 de junio de 1955, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

I.5. Trámite de alegaciones

En cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 de la LSC y 23.4 de los Estatutos de Organización y Funcionamiento de la SC, se puso en conocimiento de los responsables del Ayuntamiento de Gozón el Informe sobre la fiscalización de los expedientes del Ayuntamiento de Gozón, números BO-1587-2002, BO-5820-2003, BO-2563-2005 Y BO-5422-2005 para que formularan cuantas alegaciones estimasen oportunas y aportasen los documentos que entendiesen pertinentes en relación con la fiscalización realizada o, en su caso, para que expusiesen las medidas que hubieran adoptado o tuvieran previsto adoptar respecto a las recomendaciones formuladas en dicho Informe Provisional por esta SC.

Asimismo, durante el trámite de alegaciones y en cumplimiento del artículo 13.2 de la LSC, se dio audiencia los representantes de la entidad fiscalizada durante el ámbito temporal del Informe. Los anteriores responsables de la entidad solicitaron en fase de alegaciones acceso a los papeles de trabajo amparándose en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la SC se configura como un órgano técnico de carácter parlamentario, auxiliar y dependiente de la Junta General del Principado de Asturias, que se rige por su normativa específica. La función fiscalizadora no es un procedimiento administrativo y por tanto no puede concederse el acceso a los papeles de trabajo en base a la Ley de Procedimiento ya que ésta únicamente será aplicable en el ejercicio de las funciones no fiscalizadoras de la SC en defecto de lo previsto en la LSC y en sus normas de desarrollo tal y como dispone la DF segunda de la misma.

Todas las alegaciones formuladas han sido examinadas y valoradas suprimiéndose o modificándose el texto en aquellos casos en que se comparte lo indicado en las mismas. En otras ocasiones, el texto inicial no se ha alterado por entender que las alegaciones remitidas son meras explicaciones que confirman la situación descrita en el Informe, porque no se comparte la exposición o los juicios en ellas vertidos o porque no se justifican documentalmente las afirmaciones mantenidas. En todo caso, el resultado definitivo de la fiscalización es el expresado en los posteriores apartados de este Informe, con independencia de las consideraciones que pudieran haberse manifestado en las alegaciones.

II. RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

La responsabilidad de los distintos órganos municipales en relación a la contratación se establece en la normativa contractual y en la LRBRL que atribuye como competencia del Pleno la adquisición de bienes y derechos cuando su valor supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto y, en todo caso, cuando sea superior a tres millones de euros, así como las enajenaciones patrimoniales cuando se trate de bienes inmuebles o de bienes muebles que estén declarados de valor histórico o artístico y no estén previstas en el presupuesto o cuando estando previstas en el presupuesto, superen los mismos porcentajes y cuantías indicados para las adquisiciones de bienes. Asimismo es competencia de Pleno la determinación de la gestión de los servicios públicos y las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los 6 millones de euros, así como los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años y los plurianuales de menor duración cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada

Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional la de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.

Asimismo los distintos órganos deben establecer el sistema de control interno que se considere necesario para garantizar que la actividad revisada esté libre de incumplimientos legales y de incorrecciones materiales debidas a fraude o error.

III. RESPONSABILIDAD DE LA SINDICATURA DE CUENTAS

Es responsabilidad de esta SC expresar una opinión sobre la legalidad de la contratación en los cuatro expedientes analizados.

Para ello, se ha llevado a cabo la fiscalización de acuerdo con los Principios fundamentales de fiscalización de las de las ICEX (ISSAI-ES). Dicha normativa exige que la SC cumpla los requerimientos de ética, así como que la auditoría se planifique y ejecute con el fin de obtener una seguridad razonable de que las actividades revisadas y la información reflejada en los estados financieros/contables resulten, en todos sus aspectos significativos, conformes a la normativa aplicable.

Una fiscalización requiere la aplicación de procedimientos para obtener evidencia de auditoría sobre la legalidad de las operaciones revisadas en lo referente a los expedientes de contratación analizados. Los procedimientos seleccionados dependen del juicio del auditor, incluida la valoración de riesgos de incumplimientos significativos de la legalidad.

Se considera que la evidencia de auditoría obtenida proporciona una base suficiente y adecuada para fundamentar nuestra opinión de fiscalización de cumplimiento desfavorable.

Todos los importes numéricos que figuran en el presente Informe están expresados en euros sin decimales y por lo tanto, las sumas de los sumandos de cada columna pudiera no coincidir exactamente con el total reflejado, consecuencia de desprestigiar visualmente las fracciones decimales.

IV. OPINIÓN DE LA FISCALIZACIÓN DE CUMPLIMIENTO

IV.1. Fundamento de la opinión de cumplimiento desfavorable

- Incorrecciones materiales

A continuación se detallan los incumplimientos de la normativa aplicable generalizados a los cuatro expedientes analizados:

1. En ninguno de los expedientes analizados se acredita documentalmente la justificación de la necesidad administrativa a satisfacer.
2. Los pliegos no determinan la forma de repartir los puntos establecidos para los criterios de valoración lo que impide la comparación efectiva de ofertas.
3. Excepto en el contrato relativo a la construcción del geriátrico en el que no era procedente, no consta en los restantes tres expedientes certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente o documento equivalente. La carencia o insuficiencia de crédito y de la consecuente retención del mismo para financiar el contrato supone una causa de nulidad de pleno derecho.
4. No se realizan informes de fiscalización previa en ninguna de las fases del procedimiento de ordenación del gasto público.
5. No se tramitó un expediente de gasto paralelo al correspondiente expediente de contratación, por lo que no se emitieron los documentos contables oportunos a la fecha de autorización y disposición del gasto.
6. No consta informe jurídico sobre los pliegos de cláusulas administrativas particulares, tal como exige el artículo 49.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
7. En ninguno de los expedientes se dicta acto administrativo de inicio de los mismos conforme exige el artículo 67.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
8. Excepto en el contrato de gestión del servicio de agua y alcantarillado, no constan informes técnicos de valoración justificativos de las puntuaciones asignadas a cada licitador que determinen la propuesta de adjudicación.
9. Los pliegos no regulan la recepción de las prestaciones a través de un acto explícito concreto y no consta en los expedientes acto de recepción del contrato. No obstante, el artículo 110 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas exige para todos los contratos, sea cual fuere su tipo, la acreditación de que se han cumplido las prestaciones objeto del mismo.
10. En los contratos de limpieza viaria y recogida de residuos, los modificados que dieron lugar a un aumento del precio del contrato en el primer caso y a una disminución del mismo en el segundo, carecen de justificación. El primero porque se motivó por causas previstas o previsibles en el momento de la licitación y el segundo por tener su origen en la situación financiera del ayuntamiento. Ninguna

de estas causas constituyen necesidades nuevas o causas imprevistas, supuestos estos que justificarían la modificación contractual conforme a la normativa por aquel entonces vigente.

- Contrato de limpieza (epígrafe VI.2)

1. Se formula un único pliego, no informado, que contiene tanto las cláusulas administrativas como las prescripciones técnicas lo que contraviene el artículo 68 del RLCAP.
2. El contrato se modificó en un 13,82 % de su importe sin que conste la tramitación del oportuno expediente tanto administrativo como de gasto más allá del acuerdo del mismo adoptado por la Junta de Gobierno Local, órgano no competente para tal aprobación. Por tanto, se modificó el contrato prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido lo que supone una causa de nulidad de pleno derecho.
3. El plazo de vigencia del contrato finalizó en diciembre de 2013. La prestación continúa realizándose sin contrato alguno por el adjudicatario a fecha de emisión de este Informe.
4. Conforme se desprende de la contabilidad, la prestación del servicio ha originado una diferencia de 1.751.513 euros entre el importe adjudicado, incluyendo modificados y el gasto facturado de 4.848.544 euros, con el siguiente detalle:

Concepto	Importe
Limpieza viaria	4.506.067
Actualización precios	52.068
Ampliación (*)	277.510
Limpieza de playas	12.899
Total	4.848.544

(*)La ampliación corresponde a los dos modificados

- Contrato de recogida de residuos (epígrafe VI.3)

1. El contrato de residuos se modificó para incluir el sistema "quita y pon" sin que se tramitara expediente alguno más que el acuerdo plenario que no cuantificaba el mismo. Es decir, se modificó el contrato prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido lo que supone una causa de nulidad de pleno derecho.
2. Un segundo modificado se acordó por la Junta de Gobierno Local, órgano no competente para tal aprobación, constando en el expediente dicho acuerdo y su formalización pero ninguno de los informes técnicos preceptivos del interventor y del secretario.
3. No consta en el expediente la formalización del tercer modificado, que supuso una disminución del 6,20 % de su importe.

4. Conforme se desprende de la contabilidad, por la prestación del servicio se ha facturado un gasto de 6.140.013 euros, que difiere del importe adjudicado en 3.283.166 euros. El detalle de la facturación es el siguiente:

Concepto	Importe
Servicio de recogida R.S.U.	4.658.105
Ampliación servicio R.S.U. (*)	420.289
Ampliación servicio (quita y pon)	959.863
Actualización precios R.S.U.	85.007
Actualización precios (quita y pon)	16.749
Total	6.140.013

(*)Las ampliaciones se corresponden a los modificados

5. En el ejercicio 2005 se abonó una actualización de precios por importe de 13.917 euros sin que ésta fuera procedente puesto que no se había ejecutado el 20 % de la prestación.
6. El plazo de vigencia del contrato finalizó en julio de 2014. La prestación continúa realizándose sin contrato alguno por el adjudicatario a fecha de emisión de este Informe.

- Contrato de agua y alcantarillado (epigrafe VI.4)

1. No se determina el objeto del contrato ni la idoneidad del mismo.
2. Se formula un único pliego que contiene tanto las cláusulas administrativas como las prescripciones técnicas lo que contraviene el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
3. En el pliego no se determina el modo en que las empresas licitadoras deben acreditar la solvencia económica y financiera. La solvencia técnica no se menciona.
4. Dos trabajadores municipales fueron adscritos a la concesionaria pese a continuar en la plantilla y en la nómina del ayuntamiento. Trimestralmente su coste salarial era abonado por la sociedad al ayuntamiento como un ingreso en la liquidación efectuada.
5. Las modificaciones del contrato para la realización de obras dieron lugar a un aumento del precio del contrato repercutido en la tasa del agua. Esto supone una alteración de un elemento esencial del contrato y por tanto una modificación no permitida en la normativa contractual que debería haber sido objeto de una licitación independiente del servicio de gestión del agua.
6. En este contrato se formalizó una prórroga para reequilibrar económicamente el mismo alargando su vigencia. Este hecho contraría la esencia misma de la prórroga, prevista para asegurar la continuidad de la prestación y no como garantía de los intereses del concesionario.
7. La dirección facultativa de las obras para el ayuntamiento se realizó por GESATEC Ingenieros S.L. si bien no consta relación contractual expresa entre el ayuntamiento

y dicha sociedad ni tampoco consta que la empresa emitiera facturas al ayuntamiento en contraprestación por los servicios prestados.

8. No existe correspondencia entre las certificaciones de obra que se emitieron en función de la ejecución y las facturas contabilizadas por el ayuntamiento, surgiendo una diferencia de 3.570.000 euros correspondiente a obras recepcionadas y no contabilizadas.
9. En febrero del 2010, conforme a informe emitido por el interventor el 2 de noviembre de 2016, diversos proveedores del ayuntamiento cedieron sus derechos de crédito frente al mismo a Asturagua por un importe aproximado de 2.000.000 de euros. Dicho importe fue posteriormente reembolsado a la sociedad mediante el plan de pago a proveedores.
10. El 5 de junio de 2014 se recepcionaron por el ayuntamiento 19 obras. De ellas siete contienen partidas no hidráulicas, calificadas como tales en los informes realizados a solicitud del ayuntamiento. Dichas obras resultan por tanto, ajenas completamente al objeto del contrato implicando una adjudicación directa que limita la competencia incumpliendo la normativa contractual.
11. El establecimiento en el pliego de la obligación para el contratista de acatar una prórroga forzosa una vez terminada la vigencia del contrato no era una posibilidad contemplada en la entonces normativa vigente.

- Contrato de construcción del geriátrico (epígrafe VI.5)

1. No se determina el objeto del contrato ni la idoneidad del mismo.
2. Se formula un único pliego que contiene tanto las cláusulas administrativas como las prescripciones técnicas lo que contraviene el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
3. La administración articuló la construcción de un geriátrico a través de una concesión demanial sujeta a la normativa patrimonial cuando se entiende que dicha operación debería haber sido objeto de un contrato administrativo sujeto a la normativa contractual.
4. Un 85 % de los criterios de valoración no son acordes con el objeto del contrato ya que son de carácter asistencial o social.
5. El contrato se formalizó entre el ayuntamiento y una persona distinta del adjudicatario del mismo acordándose una cesión sin cumplirse los requisitos legales para ello estipulados en el artículo 114 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
6. La JGL acordó la declaración de compensación de la deuda tributaria correspondiente al Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras y a la licencia urbanística por importe de 91.991 euros sin que se diesen los requisitos para ello.
7. El contrato se modificó y prorrogó para reequilibrar económicamente el mismo y por tanto por razones distintas de las amparadas en la normativa.

8. Consta en el expediente el rechazo por Larrañaga Luanco SL del ingreso de dos pacientes derivados por el ayuntamiento al centro geriátrico para ocupar las plazas de emergencia social. No consta la repercusión de consecuencias para el centro.

IV.2. Opinión sobre cumplimiento de legalidad desfavorable

En opinión de esta Sindicatura de Cuentas, debido a los incumplimientos descritos en el párrafo "Fundamento de la opinión de cumplimiento desfavorable", las actividades, operaciones presupuestarias, financieras y la información reflejada en lo referente a los expedientes de contratación analizados, no resultan conformes con la normativa aplicable a la gestión de los fondos públicos.

IV.3. Párrafo de énfasis y de otros asuntos significativos

En referencia al contrato del agua y alcantarillado, el ayuntamiento de Gozón mantiene a la emisión de este Informe un litigio pendiente con la concesionaria que hace probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos cuando éste sea firme estimándose el importe de dicha provisión para responsabilidades en 3.570.000 euros.

V. RECOMENDACIONES

A la vista de lo expuesto en el cuerpo de este Informe, esta Sindicatura de Cuentas formula las siguientes recomendaciones:

1. El ayuntamiento debería regularizar a la mayor brevedad la prestación de los servicios de limpieza viaria y de recogida de residuos.
2. Todas las facturas emitidas por haberse prestado el servicio una vez finalizado el plazo del contrato deberían abonarse tramitándose el correspondiente expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito.
3. La Cuenta General del ayuntamiento debe recoger en el ejercicio 2017 una provisión para responsabilidades por el litigio pendiente con la concesionaria del contrato de agua y alcantarillado.

VI. ANÁLISIS DE LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN

Las competencias de las EELL antes de la modificación de la LRBRL introducida por la LRSAL, se clasificaban en competencias propias atribuidas por la ley o competencias atribuidas por delegación. Se regulaban fundamentalmente en los artículos 7, 25 y 27 de la LRBRL.

Las competencias propias de las EELL territoriales sólo pueden ser determinadas por ley, de acuerdo con el artículo 7 de la LRBRL. Se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo a la debida programación y ejecución con las demás AAPP. De acuerdo con el artículo 28 de dicho texto legal, los municipios podían realizar actividades complementarias de las propias de otras AAPP y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente. El mismo artículo 25.1 faculta al municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, a promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

De acuerdo con la LRBRL el municipio ejercerá competencias en lo referente a suministro de agua, alumbrado público, servicio de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Estas competencias se mantienen en la regulación actual tras la modificación operada por la LRSAL. Asimismo, el artículo 26 de la LRBRL prevé que los municipios deberán prestar entre otros y en todo caso, los servicios de recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. Por ello, los servicios de de limpieza viaria, abastecimiento de agua potable y recogida de residuos son servicios obligatorios para todos los municipios. La gestión de los mismos puede ser bien directa bien indirecta, siendo esta última la opción elegida por el Ayuntamiento de Gozón en los ejercicios 2002 a 2005.

Por otra parte, los contratos de las AAPP deben ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas en la ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación. Para la fiscalización de estos expedientes de contratación se han analizado los requisitos para su celebración, las circunstancias de la formalización y su posterior ejecución.

VI.1. Consideraciones generales

Antes de exponer el resultado del análisis de los expedientes, procede puntualizar una serie de cuestiones.

En primer lugar, debe exigirse la certificación de existencia de crédito emitido por el órgano competente o el documento que legalmente le sustituya así como la fiscalización previa de todo expediente que comporte gasto.

De la trascendencia de la existencia y adecuación de dicho certificado es indicativo el artículo 188 del TRLRHL, a cuyo tenor: "Los ordenadores de gastos y de pagos, en todo caso, y los interventores de las Entidades Locales, cuando no adviertan por escrito su improcedencia, serán personalmente responsables de todo gasto que autoricen y de toda obligación que reconozcan, liquiden o paguen sin crédito

suficiente". Por otro lado, de conformidad con el artículo 173.5 del TRLRHL: "No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar".

A partir de esta previsión legal, podemos afirmar que el interés en asegurar la existencia de crédito radica precisamente en que ésta constituye un presupuesto de validez y eficacia de cada actuación administrativa que da lugar a la realización de un gasto. Por tanto, es preceptivo que se garantice y certifique la existencia de crédito adecuado y suficiente si del expediente de gasto van a derivar obligaciones de contenido económico. La verificación de la existencia de crédito debe ser previa a la realización del gasto de modo que si el crédito fuera insuficiente deberá procederse con anterioridad a la consiguiente modificación presupuestaria.

Por ello, al no quedar acreditada la existencia de crédito estaríamos ante un expediente de gasto que adolecería de una causa de nulidad de pleno derecho y por tanto debería haber sido objeto de un reparo suspensivo.

En segundo lugar, los artículos 59 y 101 del TRLCAP regulan la modificación de los contratos administrativos y limitan la posibilidad de alterar los elementos de los contratos a supuestos por razón de interés público, siempre y cuando las alteraciones se deban a necesidades nuevas o causas imprevistas, que deben justificarse en el expediente. Esta exigencia legal tiene por objeto no desnaturalizar ni desvirtuar el principio de licitación pública que informa la contratación en el campo de los servicios públicos, cuya continuidad de prestación también es un objetivo del ordenamiento. Los términos necesidades nuevas o causas imprevisibles expresan algo no existente en el momento de la contratación, que en ningún caso tiene que identificarse con elementos, hechos, circunstancias o frecuencias que, en su momento, se pasaron por alto o no se tuvieron en cuenta en la contratación y, consiguientemente, llevaron a la administración a una adjudicación poco afinada, en cuanto al precio.

Modificar el contrato de tal forma que llegue a desfigurarse la adjudicación inicial puede conculcar el principio de libre concurrencia que impera en el derecho europeo, ya que en el fondo modifica elementos esenciales del contrato que, si se hubieran conocido desde el inicio, habrían permitido a otros hipotéticos licitadores presentar sus proposiciones. Las modificaciones contractuales no pueden alterar ni el objeto del contrato ni el contenido esencial de la relación contractual. El ejercicio del "ius variandi" encuentra el límite insalvable en el cambio implícito de contrato y la novación contractual que comporta la extinción de la obligación inicial y el establecimiento de una nueva. Si eso sucede como derivación de la modificación, esta va más allá de la potestad otorgada por la ley y se convierte en improcedente. Por el contrario, se desvirtuaría el principio de licitación pública, competencia, publicidad e igualdad de condiciones en la adjudicación de contratos, dado que la modificación encubriría la necesidad de una nueva adjudicación contractual sujeta a aquel principio. En definitiva, la modificación de una condición esencial para la adjudicación del contrato equivale a la celebración de un nuevo contrato y la novación contractual requiere un nuevo procedimiento de adjudicación.

En tercer lugar, las previsiones del ordenamiento sobre la prórroga de los servicios públicos están previstas para asegurar la continuidad en la prestación y no de manera ordinaria para reequilibrar económicamente un contrato, alargando su vigencia en el

marco de un procedimiento de ejercicio del "ius variandi" de la administración. La finalidad de la prórroga en el contrato del servicio público va ligada a la caracterización inherente a este, relativa a la continuidad de la prestación. Así lo consideró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de abril de 1985: "... el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la «res pública», en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales".

Finalmente, la imposición al contratista de prórrogas forzosas una vez expirada la vigencia del contrato, aún previstas en los pliegos, no estaba prevista en el TRLCAP aunque sí lo estuviera en el artículo 23.2 de la LCSP y en el hoy vigente TRLCSP. Frente a la posición del ciudadano, al que le está permitido todo aquello que no le está prohibido, la Administración, en virtud del sometimiento al principio de legalidad, solo puede hacer aquello que la ley y el Derecho le permiten, es decir, le está vedado todo aquello que no le está permitido. Nuestro ordenamiento consagra el principio de legalidad en diversos preceptos cuya base, el artículo 9.3 de la CE, al estar incluido en el Título Preliminar, goza de especial protección.

VI.2. Contrato del servicio de limpieza viaria. Expediente BO - 1587/2002

El objeto de este contrato es la contratación administrativa de la gestión del servicio de limpieza viaria de todo el término municipal de Gozón comprendiendo el barrido manual, el repaso o mantenimiento, el barrido mecánico, el baldeado mecánico y otros servicios de limpieza.

VI.2.1. Tipificación del contrato

Según el artículo 155 del TRLCAP la administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

El contrato se tipifica como de gestión del servicio público de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCAP. No obstante, conforme a la vigente normativa de contratación estaríamos ante un contrato de servicios¹ ya que aquellos contratos en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública deberán ser calificados como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II del TRLCSP siempre y cuando su retribución se establezca de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios, es decir, no se asuma el riesgo de la explotación por parte del contratista tal y como parece deducirse en el presente caso, puesto que la determinación del precio es a tanto alzado, estableciéndose un pago mensual, con independencia de los usuarios del servicio.

¹ Informe 12/10, de 23 de julio de 2010 de la JCCA

VI.2.2. Actuaciones administrativas previas

El expediente de contratación debe iniciarse con un documento justificativo de la necesidad que se pretende satisfacer con el contrato proyectado y en el que se determine el objeto del mismo junto con el resto de requisitos (presupuesto de licitación, plazo de ejecución,...). Sin embargo en este caso no consta documento alguno que justifique la naturaleza y extensión de la necesidad del contrato ni la idoneidad de su objeto. Asimismo, el secretario certifica que no se ha localizado el estudio económico del coste del servicio.

No consta en el expediente un PPT con las características técnicas que hayan de reunir las prestaciones del contrato, incumpliendo el artículo 68 del RLCAP, sino que el detalle de las operaciones a realizar en la ejecución del contrato se encuentra incluido en el PCAP haciéndose referencia al comienzo de la prestación, las formas de prestación del servicio, el personal, el control y seguimiento de la ejecución del contrato y las medidas de seguridad frente a terceros.

El PCAP no refleja expresamente la necesidad que pretende satisfacerse con el contrato a licitar con un presupuesto base de 293.042 euros anuales (IVA incluido) y una duración de diez años. Regula dicho pliego tanto el personal del servicio así como su gestión por parte de la empresa al igual que el régimen de control y seguimiento de la ejecución del contrato por parte del ayuntamiento y las medidas de seguridad a la hora de prestar el servicio. El contrato se establece a riesgo y ventura del contratista reconociéndose revisiones anuales (precios, amortizaciones, mano de obra, combustibles y lubricante, resto de costes anuales), los derechos y obligaciones del adjudicatario, el abono al contratista con la presentación de la factura y las facultades del ayuntamiento. Los criterios de adjudicación son los siguientes:

Criterio	Puntos
Calidad del proyecto y de servicios propuestos	hasta 65 puntos
Oferta económica	hasta 25 puntos
Mejoras relacionadas con los servicios objeto del contrato	hasta 10 puntos

En el pliego no se determina el modo en que se repartirán los puntos, dificultando que cualquier posible licitador interesado pueda conocer a priori la valoración de la oferta presentada. Este hecho impide comparar y evaluar las distintas ofertas de manera objetiva y en condiciones de competencia efectiva, con el riesgo de no garantizar el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato que debe regir la contratación pública.

VI.2.3. Expediente de contratación.

Se ha detectado en el expediente una ausencia injustificada de la orden de inicio acordada por el órgano de contratación y del certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente o documento equivalente. No se inició un expediente de gasto paralelo al expediente de contratación y por tanto no se realizó la retención de crédito correspondiente ni consta fiscalización previa ni acto administrativo de disposición del gasto ni los documentos contables A y D correspondientes a la autorización y disposición del mismo durante el año de licitación y adjudicación del contrato. La carencia o insuficiencia de crédito y de la consecuente retención del mismo para financiar el contrato supondría una causa de nulidad de pleno derecho.

No consta informe favorable del pliego, aprobándose éste con el mismo acuerdo plenario que aprobó el anteproyecto de explotación del servicio de limpieza y el gasto correspondiente a 293.042 euros.

El anuncio de la licitación se publica en el BOPA de 7 de octubre de 2003. Se presentaron tres licitadores a este concurso con las siguientes ofertas económicas:

Licitador	Oferta económica (IVA incluido)
URBASER, S.A	278.390
TECMED	278.390
Fomento de Construcciones y Contratas (FCC)	278.390

La mesa se constituye por primera vez el día 24 de octubre del 2003 procediéndose a la apertura de sobres y convocándose a los miembros a posteriores reuniones para proceder a las valoraciones. Durante las cuatro reuniones siguientes, a las que no asistieron ni el interventor ni el secretario con lo que la mesa no estaba por tanto válidamente constituida, se debatieron las propuestas presentadas. Posteriormente en reunión de 7 de noviembre se decidió proponer la adjudicación a TECMED sin que consten informes técnicos de valoración que soporten esta decisión, habida cuenta que las tres ofertas eran idénticas en cuantía. Si consta un cuadro de valoración parcial en el que se valora únicamente uno de los apartados.

VI.2.4. Adjudicación y Formalización

El 11 de noviembre de 2003 el Pleno del ayuntamiento acordó la adjudicación del contrato a TECMED por un importe de 278.390 euros anuales (IVA incluido).

El contrato se formalizó el 4 de diciembre de 2003 con un plazo de ejecución de 120 meses. El 17 de septiembre de 2004 se comunica la fusión por la que la sociedad TECMED, S.A absorbe a título universal a la mercantil URBASER, S.A, asumiendo la sociedad absorbente la totalidad de derechos y obligaciones que correspondía a la sociedad extinguida URBASER, S.A. Mediante la escritura correspondiente TECMED procede al cambio de denominación social a partir de ese momento por URBASER, S.A.

VI.2.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción.

Durante la ejecución, ante la falta de tramitación del expediente de gasto, se van realizando retenciones de crédito en función de la disponibilidad de crédito sobrevenida del ayuntamiento y emitiéndose los documentos contables necesarios para reconocer y abonar las facturas del adjudicatario.

El 11 de julio de 2008, aún siendo la competencia del Pleno, la JGL acordó la modificación del contrato debido a la ampliación del servicio de limpieza como respuesta al incremento de las superficies urbanizadas en el núcleo de Luanco con 27 nuevos viales, conforme a lo previsto en la cláusula 25 del PCAP y de acuerdo con el artículo 101 TRLCAP. La publicación del plan parcial en el BOPA se produjo el 23 de febrero de 2002 y por tanto la causa de la modificación no era imprevista para el ayuntamiento.

Esta modificación supuso un incremento de 69.969 euros anuales, un 13,82 % del importe anual sin que conste expediente correspondiente a la modificación propuesta conforme al artículo mencionado anteriormente. Tampoco consta expediente de gasto relativo a la modificación del contrato. Con la misma fecha se formaliza esta modificación entre URBASER y el ayuntamiento.

La segunda modificación en la ejecución de este contrato se inició el 1 de febrero de 2012 cuando el arquitecto municipal presentó una propauesta basada en un estudio realizado por el adjudicatario de disminución del canon correspondiente a los actuales servicios contratados de limpieza viaria debido a la difícil situación general de la tesorería municipal. Como consecuencia, se redujo el operario de refuerzo asignado a las parroquias en lo tocante a la limpieza viaria. La reducción sobre el precio adjudicado fue del 2,26 %.

El 10 de febrero de 2012 se emitió un informe favorable a la reducción por el interventor de igual signo que el emitido por el secretario el 22 de febrero de dicho año donde se aduce que la situación financiera municipal impide el cumplimiento de la obligación de pago al contratista encuadrando esta modificación "por razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas".

El 30 de marzo de 2012 el Pleno acordó la modificación citada con el objeto de disminuir el canon por la prestación de los servicios contratados que es notificada a URBASER el 19 de abril.

La financiación de los contratos por la administración debe ajustarse al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el período de ejecución. La situación financiera del ayuntamiento no es admisible, en opinión de esta SC, como una de las posibilidades que en su momento ofrecía el artículo 101 del TRLCAP para modificar un contrato administrativo, al no ser una ni una causa imprevista ni una nueva necesidad puesto que esta ya existía en el año 2003 cuando se licitó y adjudicó este contrato y en cuyo momento debió reservarse el crédito necesario para satisfacer el servicio a prestar.

La facturación durante la ejecución de este contrato, hasta marzo de 2017, contabilizada en la aplicación 22701 (IVA incluido) es la siguiente:

Año	Adjudicatario	Facturación anual	Facturación a origen
2003	TECMED	11.974	11.974
2004	TECMED	208.792	220.766
2004	URBASER	69.597	290.363
2005	URBASER	249.066	539.429
2006	URBASER	307.672	847.102
2007	URBASER	313.346	1.160.448
2008	URBASER	353.926	1.514.373
2009	URBASER	404.565	1.918.939
2010	URBASER	398.673	2.317.612
2011	URBASER	412.133	2.729.745
2012	URBASER	412.992	3.142.737
2013	URBASER	399.500	3.542.237
2014	URBASER	401.542	3.943.779
2015	URBASER	401.642	4.345.420
2016	URBASER	401.642	4.747.062
2017	URBASER	101.482	4.848.544

Si se compara el importe adjudicado con el importe facturado, el resultado es el siguiente:

Concepto	Fecha firma	Importe
Precio de adjudicación	11/11/2003	2.783.900
Primer modificado	01/07/2008	384.830
Segundo modificado	30/03/2012	(71.699)
Total adjudicado		3.097.030
Facturación a origen		4.848.544
Diferencia		1.751.513

Por conceptos facturados, el desglose se muestra a continuación:

Concepto	Importe
Limpieza viaria	4.506.067
Actualización precios	52.068
Ampliación	277.510
Limpieza de playas	12.899
Total	4.848.544

El 25 de agosto de 2014, el interventor emitió un reparo a una factura por importe de 33.470 euros por haberse excedido el plazo del contrato. Asimismo se indica que dicho reparo es no suspensivo procediendo el abono de la misma en virtud del principio del enriquecimiento injusto ya que corresponden a servicios efectivamente prestados.

La duración del contrato es de diez años, contados a partir del acta de comienzo de ejecución de los servicios (cláusula 5 PCAP). Sin embargo no consta la existencia de la referida acta. No obstante TECMED facturó 11.974 euros en diciembre de 2003 en ejecución del contrato. Se entiende, por tanto, que fue en diciembre de 2003 cuando

comenzó la ejecución y será hasta diciembre de 2013 hasta donde se extienda el plazo del contrato, sin que conste prórroga alguna que avale la continuación de la prestación del servicio desde 2014 hasta 2017.

A la fecha de emisión de este Informe, el servicio sigue prestándose sin contrato.

VI.3. Contrato de recogida de residuos. Expediente BO - 5820/2003

El contrato tiene por objeto la prestación de los servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, recogida de residuos voluminosos y limpieza de contenedores de Gozón.

VI.3.1. Tipificación del contrato

El contrato se tipifica como de gestión del servicio público de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCAP aunque al igual que sucede en el caso anterior con la actual normativa de contratación debería calificarse éste como un contrato de servicios.

VI.3.2. Actuaciones administrativas previas

La propuesta para esta contratación se basa en satisfacer la necesidad de prestar la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, la recogida de residuos voluminosos y la limpieza y desinfección de contenedores. En dicha propuesta consta asimismo el presupuesto de licitación, 262.168 euros (IVA incluido), un plazo de ejecución de 10 años, los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación.

Fueron redactados tanto un PCAP como un PPT exigiéndose en la cláusula 8 del PCAP clasificación cuando esta no procede en un contrato de gestión de servicio público.

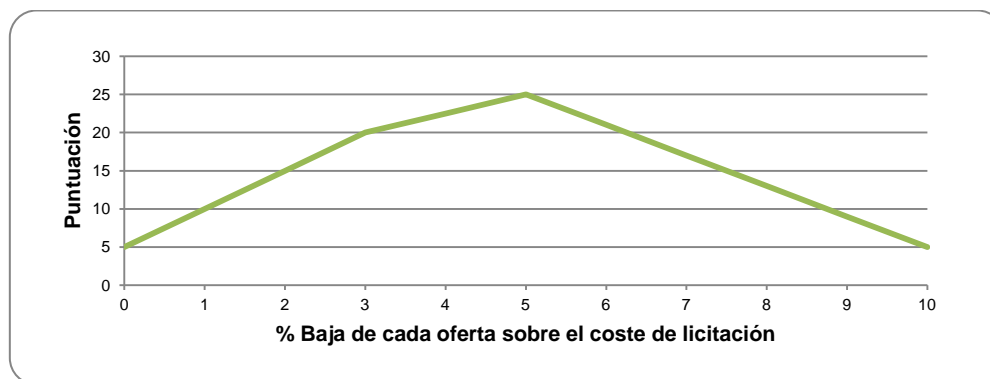
Los criterios de adjudicación fueron los siguientes:

Criterio	Puntos
Calidad del proyecto y de servicios propuestos	Hasta 65 puntos
Oferta económica	Hasta 25 puntos
Mejoras relacionadas con los servicios	Hasta 10 puntos

No se indica en los pliegos cómo se reparten los puntos entre los distintos aspectos a valorar. Este hecho impide comparar y evaluar las distintas ofertas de manera objetiva y en condiciones de competencia efectiva, con el riesgo de no garantizar el respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato que debe regir la contratación pública.

Conforme al pliego, el porcentaje de baja se calcula sobre el coste de licitación realizándose la valoración de las bajas de entre el 5 % y el 10 % mediante una función lineal de pendiente negativa, es decir que los aumentos de las bajas por encima del 5 % se puntúan cada vez menos. Las bajas entre el 3 % y el 5 % se valoran mediante una línea recta de pendiente positiva pero inferior a la correspondiente a la función lineal que puntúa las bajas entre 0 % y 3 %. Es decir ante incrementos iguales de las bajas los incrementos en los puntos son inferiores cuando las bajas están en el intervalo entre el 3 % y el 5 % que cuando las bajas se encuentran en el tramo entre el 0 % y el 3 %. De

esta manera se penalizan las ofertas con bajas superiores al 5 % en perjuicio de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa:



Sin embargo no deben penalizarse las ofertas, por muy bajas que éstas sean, mediante la aplicación de una fórmula concreta para la valoración del precio. A su vez, a través de esta forma de valorar se establece un criterio implícito para calificar una baja como temeraria sin dar audiencia al contratista para que justifique su oferta y, una vez justificada, pueda ser valorada en las mismas condiciones que las demás. La calificación de una baja como temeraria debe realizarse de forma independiente de la fórmula establecida para la valoración del precio.

VI.3.3. Expediente de contratación.

Se ha detectado en el expediente una ausencia injustificada de la orden de inicio acordada por el órgano de contratación, del certificado de la existencia de crédito adecuado y suficiente, de un informe jurídico y de la fiscalización previa. No se inició un expediente de gasto paralelo al expediente de contratación y por tanto no se realizó la retención de crédito correspondiente, ni consta acto administrativo de autorización del gasto ni de su disposición ni los correspondientes documentos contables durante el año de licitación y adjudicación del contrato. La carencia o insuficiencia de crédito y de la consecuente retención del mismo para financiar el contrato supondría una causa de nulidad de pleno derecho.

No consta en el expediente informe favorable del PCAP ni de intervención ni de secretaría.

El anuncio de la licitación fue publicado el 28 de enero de 2004 y a la misma se presentaron las siguientes ofertas, sin que conste en el expediente certificado de registro de las mismas:

Licitador	Oferta económica (IVA incluido)
FCC	249.060
TECMED	249.060

Según la DA novena del TRLCAP, la mesa de contratación en el ámbito local debe estar presidida por el presidente de la corporación o miembro de ésta en quien delegue y forman parte de la misma como vocales el secretario y el interventor y aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre funcionarios, personal laboral o concejales, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Debe actuar como secretario un funcionario de la corporación. En este caso se convoca al

interventor y al secretario como vocales pero en las mesas de contratación de fechas 23 y 26 de febrero de 2004 y de 5 y 25 de marzo de 2004, no consta la asistencia del interventor, lo que impide considerar válidamente constituida la mesa.

En el acta de la mesa del 31 de marzo de 2004 se aprueba la puntuación total de cada una de las empresas:

Licitador	Puntos
FCC	60 puntos
TECMED	90 puntos

El método seguido para obtener estas valoraciones no está incluido en el expediente ya que no consta documentación adicional ni informes técnicos que justifiquen las dos puntuaciones finales de cada uno de los licitadores. Por ello no queda acreditado que el contrato se adjudicara a la oferta económica más ventajosa dado que la oferta económica presentada por ambos licitadores era idéntica en cuantía.

VI.3.4. Adjudicación y formalización

Mediante acuerdo plenario de 31 de marzo de 2004 se adjudicó el contrato a la empresa TECMED por un precio de 249.060 euros IVA incluido. El contrato se formalizó el 26 de abril de 2004 con un plazo de ejecución de diez años.

VI.3.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción.

Durante la ejecución, ante la falta de tramitación del expediente de gasto desde el momento inicial como exige la normativa, se van realizando retenciones en función de la disponibilidad de crédito sobrevenida del ayuntamiento y emitiéndose los documentos contables necesarios para reconocer y abonar las facturas del adjudicatario.

Mediante acuerdo plenario de 24 de febrero de 2005 se aprobó una modificación del contrato "para la implantación del servicio de quita y pon y ampliación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos mediante la contratación de nuevos operarios y materiales". En dicho acuerdo no se cuantifica el coste de esta alteración en el contenido del contrato. No consta ninguna documentación adicional, en el expediente, referida a dicha modificación como, en su caso, la conformidad del contratista, el informe de intervención y de secretaría y el documento administrativo de formalización. Así las cosas, se modificó el contrato prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Aún así, las facturas generadas por dicha prestación fueron conformadas y pagadas.

Mediante acuerdo de la JGL de 11 de julio de 2008, se aprobó un nuevo modificado por importe de 92.529 euros, un 22,29 %² del importe de adjudicación, consecuencia del incremento de la zona urbanizada en Luanco por el Plan Parcial de La Vallina. La aprobación definitiva del plan parcial se publicó en el BOPA de 23 de febrero de 2002 no siendo por tanto la causa de la modificación imprevista para el ayuntamiento. Consta formalizada esta modificación en documento administrativo de la misma fecha que el acuerdo pero no así el preceptivo informe de intervención y de

² Debe recordarse que el primer modificado no fue cuantificado.

secretaría relativo a la modificación. Al igual que sucedía en el anterior contrato, la JGL no es competente para modificar un contrato cuyo órgano de contratación es el Pleno de la entidad.

La tercera modificación se produjo el 30 de marzo de 2012 disminuyendo la prestación del servicio en 80.967 euros anuales, un 6,20%, lo que se concretaba a su vez en la exclusión del calendario los domingos y festivos, la realización del “quita y pon” directamente por la adjudicataria y el cambio de los cubos de 90 litros de capacidad por contenedores de 340 litros. Esta disminución en la prestación y por tanto en el precio, se enmarcaba dentro de las medidas del plan de ajuste aprobado por el Pleno en esa misma sesión al amparo del RD- ley 4/2012, de 24 de febrero que comporta obligaciones de información y procedimientos necesarios para poder acogerse a los mecanismos de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

El interventor el 10 de febrero de 2012 informó favorablemente la modificación manifestando la existencia de consignación presupuestaria para atender las obligaciones que derivaran del contrato después de tramitarse las modificaciones contractuales. El 22 de febrero de dicho año hace lo propio el secretario avalando la modificación aduciendo que la situación financiera municipal impide el cumplimiento de la obligación de pago al contratista justificando esta modificación “por razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas”. Existe asimismo un informe favorable de la oficina técnica del Ayuntamiento de Gozón a la modificación que reduce el importe del contrato. El Pleno el 30 de marzo de 2012 acuerda la modificación citada con el objeto de disminuir el canon por la prestación de los servicios contratados que es notificada a URBASER el 19 de abril. No consta en el expediente la formalización de este nuevo modificado.

Al igual que en el contrato de limpieza, la situación financiera del ayuntamiento no se entiende incluida dentro de las posibilidades que en su momento ofrecía el artículo 101 del TRLCAP para modificar un contrato administrativo, al no ser una causa imprevista ni una nueva necesidad puesto que ésta ya existía en el año 2004 cuando se licitó y adjudicó este contrato y en cuyo momento debió reservarse el crédito necesario para satisfacer el servicio a prestar.

El resumen de la facturación de este contrato, hasta el 28 de febrero de 2017, durante la ejecución es el siguiente:

Años	Facturación anual	Facturación a origen
2004	124.530	124.530
2005	370.167	494.697
2006	403.979	898.676
2007	407.790	1.306.467
2008	487.227	1.793.694
2009	543.975	2.337.669
2010	541.705	2.879.374
2011	572.356	3.451.730
2012	531.891	3.983.620
2013	527.242	4.510.862
2014	515.087	5.025.950
2015	513.551	5.539.501
2016	513.551	6.053.052
2017	86.961	6.140.013

Si se compara el importe adjudicado, considerando los 10 años iniciales de contrato, con el importe facturado³ el resultado es el siguiente:

Concepto	Fecha firma	Importe
Precio de adjudicación	26/04/2004	2.490.596
Primer modificado	24/02/2005	S/D
Segundo modificado	11/07/2008	555.174
Tercer modificado	30/03/2012	(188.923)
Total adjudicado		2.856.847
Facturación a origen		6.140.013
Diferencia		3.283.166

El desglose de la facturación por concepto facturado se muestra a continuación.

Concepto	Importe
Servicio de recogida R.S.U	4.658.105
Ampliación servicio R.S.U	420.289
Ampliación servicio (quita y pon)	959.866
Actualización precios R.S.U	85.007
Actualización precios (quita y pon)	16.749
Total	6.140.013

La ejecución del contrato se inició en julio de 2004, según datos de intervención, retrasándose un mes y medio aproximadamente respecto de la fecha exigida por el PCAP. La finalización del plazo inicial de 10 años se sitúa en julio de 2014.

Existe una actualización indebida de precios por importe de 4.407 euros correspondiente al servicio de recogida de residuos sólidos urbanos (sistema quita y pon⁴) y una de 9.510 euros correspondiente al servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en el periodo transcurrido desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2005.

El artículo 103 del TRLCAP impedía actualizar precios si no había transcurrido un año de la adjudicación y no se había ejecutado el 20 % del contrato. El primer año desde la adjudicación terminó el 31 de marzo de 2005. No obstante el 20 % del importe del contrato es 498.319 euros y dicho importe no se alcanzó en todo el ejercicio 2005. Así pues no procedía actualizar precios en todo el ejercicio 2005 realizándose un pago indebido por importe total de 13.917 euros.

El interventor emitió reparo por haberse excedido el plazo del contrato el 25 de agosto de 2014 a una factura de importe 42.796 euros. Asimismo se indica que dicho reparo es no suspensivo procediendo el abono de la misma en virtud del principio del enriquecimiento injusto ya que corresponden a servicios efectivamente prestados.

³ Facturación contabilizada hasta el mes de febrero de 2017

⁴ Los depósitos se colocan a última hora de la tarde y se retiran cada noche de acuerdo a un calendario preestablecido

Así las cosas, los 31 meses de ejecución sin contrato suponen una facturación de 673.274 euros y la actualización de precios, según el concepto contabilizado, de 101.756 euros.

La prestación del servicio sigue ejecutándose a la fecha de cierre de este Informe sin contrato alguno.

VI.4. Contrato de agua y alcantarillado. Expediente BO - 2563/2005

El objeto de este contrato se refiere a la concesión para la explotación de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Gozón.

VI.4.1. Tipificación del contrato

El contrato de concesión administrativa del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Gozón se calificó como un contrato de gestión de servicio público conforme a la normativa vigente.

VI.4.2. Actuaciones administrativas previas

Todo expediente de contratación debe iniciarse por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma, debiendo por tanto constar el acto administrativo del inicio del expediente, la propuesta donde se determine el objeto del contrato, las necesidades administrativas a satisfacer, el presupuesto de licitación, plazo de ejecución, los requisitos de solvencia, los criterios de adjudicación y el estudio del coste del servicio que en su caso se va a contratar. El acto de inicio y la propuesta en sí no consta como tampoco consta un estudio sobre el coste del servicio.

Al igual que en los casos anteriores, no consta certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización previa, el informe jurídico y la aprobación de gasto. Tampoco consta en el expediente prueba alguna de que el acuerdo, previamente a su aprobación por el Pleno, fuera informado por la comisión informativa correspondiente.

Respecto a los pliegos que han de regir la contratación, consta en el expediente un pliego único denominado "pliego de condiciones para la adjudicación por concurso en procedimiento abierto de la concesión administrativa del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del Municipio de Gozón".

El objeto del contrato consiste en:

- Gestión del abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado, incluyendo la facturación y el cobro de las tasas municipales a los usuarios.
- El cobro de la tasa correspondiente a los servicios de basura y del canon de saneamiento del PA.
- La realización, previo encargo del Ayuntamiento de Gozón al concesionario, de cualquier tipo de obras que suponga la renovación o ampliación de las infraestructuras municipales de suministro de agua potable o alcantarillado.

- La realización, previo encargo del Ayuntamiento de Gozón, de cualquier otra actividad vinculada con el ciclo del agua.

En relación con el objeto son varios los aspectos a matizar. En primer lugar, la contraprestación por el servicio de abastecimiento de agua debe revestir en todo caso la forma de tasa y por tanto sólo puede ser recaudada por una Administración, sea cual fuera la forma de prestación del servicio, incluso en los casos que se preste por un operador privado. De conformidad con la redacción de la LGT que interpretó la STC 185/1995, toda remuneración por la prestación de un servicio público tiene naturaleza tributaria, fuera cual fuese la gestión del servicio, lo que la convierte en un ingreso de derecho público. La LRBRL establece como funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcional las que se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función. Por otra parte, diversas STS reiteran la imposibilidad de gestionar indirectamente un servicio que por tratarse de una función pública implique el ejercicio de autoridad. En este caso, emitir recibos, atender las reclamaciones que se produzcan en orden administrativo, confeccionar las facturas correspondientes a la prestación del servicio o la cobranza de las facturas en periodo voluntario implica dicho ejercicio.

En segundo lugar, en relación al cobro de la tasa de recogida de basura, resulta igualmente aplicable lo anteriormente expuesto.

En tercer lugar, el pliego menciona como parte del objeto del contrato "cualquier tipo de obras que supongan la renovación o ampliación de las infraestructuras municipales de suministro de agua potable o alcantarillado". El encargo de obras se produce de manera indeterminada cuando debería haberse restringido a aquello que fuera accesorio y necesario para el cumplimiento del objeto principal del contrato.

En último lugar, en relación con el objeto del contrato, de acuerdo con la normativa no cabe la posibilidad de establecer un objeto genérico como el establecido en el contrato analizado, a saber, "cualquier otra actividad vinculada con el ciclo del agua", ya que el artículo 11 y 13 del TRLCAP establecen la necesidad que el objeto sea cierto y determinado.

Por otra parte, el artículo 57 del pliego establece que el concesionario "en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de inicio del contrato, deberá elaborar y presentar al Ayuntamiento de Gozón, un Plan Director de los servicios que se le encomiendan y en el cual se analicen las previsiones y necesidades futuras en materia de instalaciones de los mismos. El citado Plan Director deberá ser elaborado en todo momento atendiendo al planeamiento urbanístico del Municipio, así como a las necesidades que los posibles incrementos de población se produjeran, pudiendo introducir en los servicios objeto de concesión. Previo a su entrega al Ayuntamiento, deberá ser presentado a los servicios técnicos municipales para su análisis y comprobación de que en su elaboración se ha tenido en cuenta todo lo previsto en el planeamiento urbanístico del Concejo...".

En opinión de esta SC, es al ayuntamiento como administración pública a quién le compete la determinación de la necesidad que se pretende satisfacer. En este caso es el mismo adjudicatario del contrato del agua quién determina a través del Plan Director las especificaciones técnicas de las futuras instalaciones. En todo caso, la determinación de las especificaciones técnicas debería haberse llevado a cabo por

parte de la administración, bien a través de los servicios técnicos municipales bien licitando el correspondiente contrato de consultoría y asistencia, hoy contrato de servicios.

De acuerdo con las normas básicas de contratación, quién participa en la determinación de las condiciones técnicas relativas a un contrato no puede participar en la licitación del mismo, puesto que puede suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

El tipo de licitación establecido fue el siguiente:

Servicio	Precio (€/m ³)
Abastecimiento de agua potable	0,35 + IVA
Alcantarillado	0,15 + IVA

La duración del contrato se estableció en 10 años contados a partir de la fecha de adjudicación.

En el pliego no se determina el modo en el que las empresas licitadoras deben de acreditar la solvencia económica y financiera salvo una referencia genérica al artículo 16 del TRLCAP. La solvencia técnica y profesional no se menciona.

El pliego recoge los siguientes criterios de valoración de las proposiciones, aspectos que son desarrollados en lo referido al reparto de puntos en sucesivos apartados:

Criterio	Puntos
Proyecto de prestación del servicio	50 puntos
Proposición económica	40 puntos
Experiencia del licitador	10 puntos

La Sentencia 00155/2007 del Juzgado contencioso administrativo nº 5 de Oviedo, valora los criterios de adjudicación de este contrato como identificados, concretos, objetivos y predeterminados. ¡Sin embargo cabe decir que la experiencia del licitador, conforme al artículo 19 del TRLCAP, es un criterio de solvencia técnica y no de adjudicación por lo que no es adecuada su utilización como tal.

VI.4.3. Expediente de contratación

El anuncio de la licitación fue publicado en el BOPA de 6 de agosto de 2005. Las propuestas que finalmente presentaron los licitadores fueron las siguientes:

Licitador	Agua	Alcantarillado
AQUALIA	0,28	0,1065
URBASER S.A	0,28	0,1300
ASTURAGUA	0,208266	0,070944

El pliego, del que no consta informe favorable, fue aprobado por el Pleno el 23 de mayo de 2005.

La mesa de contratación se reunió por primera vez el 12 de septiembre de 2005 sin que conste la presencia de la interventora municipal ni de quien legalmente le hubiera de sustituir por lo que la mesa no estaba válidamente constituida de acuerdo con la DA novena del TRLCAP. En esta primera Mesa se acuerda dar un plazo de subsanación a ASTURAGUA SA ya que ésta ha presentado la fianza pero ésta no ha sido depositada en la tesorería municipal, lo que estaba permitido por el artículo 81.2 del RLCAP.

En la mesa de 19 de octubre se presentó informe técnico realizado por un ingeniero de caminos, canales y puertos que la mesa asumió elevando al Pleno la propuesta de adjudicación a la empresa que había obtenido una mayor puntuación en dicho informe técnico.

VI.4.4. Adjudicación y formalización

Consta acto administrativo de adjudicación del contrato de conformidad con la propuesta de la mesa de contratación (art. 88 Y 89 TRLCAP).

Consta certificado del secretario del acuerdo de adjudicación del contrato de 25 de octubre de 2005 aunque no de su anuncio. En este certificado se recoge el informe sobre las ofertas presentadas por las empresas AQUALIA, URBASER y ASTURAGUA para la adjudicación por concurso en procedimiento abierto de la concesión administrativa del servicio de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Gozón.

El precio de adjudicación fue el siguiente (IVA excluido):

Servicio	Precio (€/m³)
Servicio de abastecimiento de agua	0,208266
Servicio de alcantarillado	0,070944
Total	0,27921

Con fecha 16 de diciembre de 2005, se formalizó el contrato relativo a la concesión administrativa de la explotación de los servicios municipales de abastecimiento de agua potable y alcantarillado del municipio de Gozón entre el ayuntamiento y la empresa ASTURAGUA SA. Por mutuo acuerdo se acordó establecer el inicio de la ejecución con fecha 1 de febrero de 2006, por lo que la finalización del mismo, por vencimiento del plazo estipulado estaba prevista para el 31 de enero de 2016.

VI.4.5. Fase de ejecución

Durante la ejecución del contrato, ante la falta de tramitación del expediente de gasto desde el momento inicial, como exige la normativa, se van realizando retenciones en función de la disponibilidad de crédito sobrevenida del ayuntamiento y emitiéndose los documentos contables necesarios para reconocer y abonar las facturas del adjudicatario.

A) Gestión del servicio de agua y alcantarillado

Para cada período trimestral la empresa realizaba una liquidación por diferencias, entre la recaudación obtenida por las tasas giradas a los usuarios y abonadas por éstos en cuentas de la concesionaria y el importe facturado por la concesionaria en

función de los metros cúbicos suministrados. En esa misma liquidación se computaba como partida a favor del ayuntamiento el importe que para el período liquidado correspondía a los gastos de personal de dos empleados municipales que prestaron sus servicios a la concesionaria.

Según el artículo 6 del pliego "El concesionario quedará obligado asumir al personal municipal que se indica en el anexo I del presente pliego, en las mismas condiciones económicas y laborales en que se encontrara. En el citado anexo se detallan los datos económicos del personal municipal, los cuales deberán ser tenidos en cuenta por los licitadores en la elaboración de sus proposiciones. Al finalizar o rescindirse la concesión, este personal se reintegrará al Ayuntamiento conservando todos sus derechos y antigüedad". El anexo I del pliego señala que se trata de 3 oficiales y un peón del servicio de aguas (funcionarios) y un peón (laboral)".

Estos trabajadores municipales no fueron subrogados pero como informa el secretario "fueron adscritos voluntariamente al servicio compensándose el coste con las correspondientes liquidaciones a favor del Ayuntamiento". Es decir, los trabajadores permanecían en la plantilla del ayuntamiento que era quién pagaba sus nóminas pero el coste de su salario era reembolsado por la concesionaria y se consideraba un ingreso a favor del ayuntamiento en cada liquidación trimestral efectuada.

El sistema de facturación era trimestral para la zona urbana y cuatrimestral para la rural, de modo que las liquidaciones cuatrimestrales tenían el mismo funcionamiento que las trimestrales a excepción de que en las cuatrimestrales no se compensaba al ayuntamiento por los gastos del personal municipal que prestaba servicios a la empresa⁵.

Convendría en este punto establecer la diferencia entre la subrogación de personal, si así lo establece el convenio, en el caso de dos empresas que prestan sucesivamente el mismo servicio y el hecho de que empleados públicos trabajen a las órdenes del adjudicatario y de que éste compense al ayuntamiento por sus servicios. La "adscripción" de empleados públicos a la adjudicataria no es una situación administrativa contemplada en la normativa sobre función pública. Por todo lo anterior, no se justifica el incremento del saldo a favor del ayuntamiento en cada liquidación trimestral por la parte correspondiente a los salarios que, por ejemplo, en la relativa al primer trimestre de 2009 ascendió a 16.832 euros.

Además, al realizarse la liquidación por diferencias se rompe con la prelación de pagos, ya que el libramiento de los expedientes debe hacerse por el riguroso orden de incoación, salvo resolución motivada.

El ayuntamiento registra el reconocimiento del derecho cuando aprueba los padrones por decreto de alcaldía. Se ha verificado, para el ejercicio 2009, que entre el último día de pago voluntario por parte de los usuarios de las tasas de agua, basura y alcantarillado y el ingreso en las arcas municipales de la diferencia hay una media de seis meses tanto en el caso de la recaudación en la zona urbana como en la rural.

⁵ Repercusión de un 25 % del coste anual en cada liquidación trimestral

El cuadro del resumen anual de facturas de agua y alcantarillado contabilizadas en la aplicación 22706 es el siguiente:

Año	Facturación anual	Facturación a origen
2006	123.683	123.683
2007	394.704	518.387
2008	544.229	1.062.617
2009	533.329	1.595.946
2010	660.186	2.256.131
2011	496.926	2.753.058
2012	720.098	3.473.155
2013	603.821	4.076.976
2014	701.872	4.778.848
2015	623.431	5.402.279
2016	979.197	6.381.475

Además y en cumplimiento del artículo 67 del pliego, el concesionario estaba obligado a presentar, dentro del mes siguiente a la finalización del ejercicio una cuenta anual de recaudación. Esta cuenta no obra en el expediente y solicitada aclaración al respecto al ayuntamiento, se informó de que nunca fue presentada y el ayuntamiento nunca la reclamó.

B) Obras realizadas

El 28 de diciembre de 2007 la JGL acordó aprobar la realización de obras de renovación y ampliación de las infraestructuras municipales de suministro de agua potable y alcantarillado conforme a las actuaciones contempladas en el Plan Director y facultaba al alcalde para suscribir un acuerdo con la concesionaria, todo ello en base al artículo 52 del pliego. Posteriormente, el 21 de enero de 2008 se acordó entre Asturagua y el ayuntamiento la realización de determinadas actuaciones con un máximo de 2.300.000 euros que se iban a financiar aumentando 0,1273 euros por metro cúbico facturado el precio del contrato y con un interés del Euribor más 0,6 %.

Al respecto cabe decir que ni el acuerdo de la JGL ni el contrato suscrito por el alcalde facultaban la realización de tales obras puesto que la competencia en todo caso sería del Pleno; eso en el supuesto de que tales obras hubieran podido llevarse a cabo en el marco de este contrato. En trámite de alegaciones se aporta un acuerdo Plenario de 4 de Julio de 2007 en virtud del cual se delegan las competencias legalmente previstas en el artículo 21.3 LRBRL del Pleno en la JGL. No obstante, lo cierto es que el contrato fue adjudicado por el Pleno en el año 2005 y por tanto tal delegación no es aplicable en los contratos adjudicados con anterioridad a la fecha de la delegación.

Pero es más, esta forma de financiar obras públicas contradice el propio concepto jurídico de la tasa, cuyo importe está destinado a repercutir al usuario, como máximo el coste del servicio, que incluirá las amortizaciones de los activos empleados pero no el coste de los mismos.

Sin embargo en este caso con la adjudicación directa de estas obras se produce en realidad una modificación del precio del contrato que pasa a ser de 0,40651 euros por metro cúbico facturado, un 45,59 % más que en el contrato adjudicado. Esto supone una alteración de un elemento esencial del contrato y por tanto una modificación no

permitida en la normativa contractual que debería haber sido objeto de una licitación independiente del servicio de gestión del agua.

El 4 de diciembre de 2009 el Pleno acordó "aprobar la modificación del plazo de la concesión inicialmente previsto de 10 años, prorrogable otros quince, quedando fijado en el máximo de veinticinco años, no prorrogables, conforme a lo establecido en el pliego de condiciones". El fin último de dicho acuerdo era la acometida de una serie de obras "necesarias" para cumplir la normativa vigente en materia de aguas referente al amianto y al plomo y a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales así como garantizar al concesionario la posibilidad de disponer del tiempo necesario para recuperar la inversión en las mismas, extremo éste inviable durante la vigencia restante del contrato.

Por acuerdo de 2 de febrero de 2010⁶ entre el Ayuntamiento de Gozón y Asturagua se decidió la ejecución y financiación de una serie de infraestructuras por importe de 3.800.000 de euros. La devolución de la inversión junto con su carga financiera y la cantidad pendiente de amortizar del acuerdo de enero de 2008 se acordó financiar mediante un sobrecoste unitario de 0,106 euros por cada metro cúbico de agua facturada a los usuarios del servicio. Esta actuación se llevaría a cabo a lo largo del plazo de la concesión, ampliándose éste en 15 años, es decir hasta el 31 de diciembre de 2030.

Este nuevo encargo de obras merece a esta SC la misma opinión que en el caso anterior, es decir, la necesidad de una nueva licitación al producirse un aumento del precio del contrato un 26,08 % sobre la modificación anterior. Ambas modificaciones dan lugar a un incremento total del precio del contrato del 83,56 %.

El resumen de las certificaciones emitidas por las obras realizadas es la siguiente:

Aprobación	Fecha	Núm. Obras	Obras no hidráulicas	Importe certificaciones
JGL	28/12/2007	10	4	2.195.314
Pleno	4/10/2009	9	3	3.890.874
Total		19	7	6.086.188

De la documentación aportada se evidencia que la dirección facultativa de las obras se realizó por GESATEC Ingenieros S.L. si bien no consta relación contractual expresa entre el ayuntamiento y dicha sociedad ni tampoco consta que la empresa emitiera facturas al ayuntamiento en contraprestación por los servicios prestados. La empresa emitió certificaciones por un importe total de 6.086.188 euros firmadas por el técnico de GESATEC y por un representante de Asturagua. Esta SC ha circularizado a GESATEC sin que se haya obtenido contestación por su parte.

⁶ El acuerdo plenario del 2 de febrero de 2010 fue declarado nulo de pleno derecho por el Tribunal Nº 5 de lo contencioso administrativo el 17 de diciembre de 2012, ratificado por sentencia del TSJPA número 22/2014 de 10 de febrero de 2014.

Sin embargo, en contabilidad las facturas imputadas a la aplicación 62201 del capítulo 6 es la siguiente:

Año	Facturación anual	Facturación a origen
2006	-	-
2007	-	-
2008	-	-
2009	244.175	244.175
2010	247.364	491.539
2011	228.447	719.986
2012	459.063	1.179.049
2013	491.816	1.670.865
2014	260.008	1.930.873
2015	536.029	2.466.902
2016	49.286	2.516.188

Existe una diferencia de 3.570.000 euros entre lo certificado y lo contabilizado. No existe por tanto correspondencia entre las certificaciones de obra que se emitieron en función de la ejecución y las facturas emitidas por la empresa y que eran objeto de compensación en las liquidaciones trimestrales y cuatrimestrales.

En febrero del 2010 y conforme a informe emitido por el interventor el 2 de noviembre de 2016, diversos proveedores del ayuntamiento cedieron sus derechos de crédito frente al mismo a Asturagua por importe aproximado de 2.000.000 de euros. Dicho importe fue posteriormente reembolsado a la sociedad mediante el plan de pago a proveedores.

El 5 de junio de 2014 se recepcionaron por el ayuntamiento 19 obras. De ellas siete se considera que contenían partidas no hidráulicas, calificadas como tales en los informes técnicos realizados a solicitud del ayuntamiento. Dichas obras resultan por tanto ajenas completamente al objeto del contrato, hecho que implica una adjudicación directa que limita la competencia incumpliendo la normativa contractual.

El 22 de enero de 2016 se dictó una propuesta de acuerdo de finalización del contrato administrativo de gestión de servicio público, señalando la intención del ayuntamiento de asumir la gestión integral del servicio municipal de abastecimiento de agua y alcantarillado. El acuerdo de Pleno aceptando esta propuesta se produjo en la sesión de 27 de enero de 2016, constando en el expediente el informe de secretaría y de intervención. En este último se menciona la posibilidad de la prórroga forzosa que se recoge expresamente en el artículo 97 del pliego. Este último aspecto ha sido tratado en el punto VI.1 del presente Informe.

El 1 de enero de 2017 se remunicipalizó el servicio, tras una prórroga forzosa que se extendió desde febrero a diciembre del año 2016.

Por acuerdo plenario de 28 de diciembre de 2016 se aprobó la liquidación de las obras ejecutadas en el marco del contrato por importe igual a 354.385 euros y una indemnización por la ejecución de obras al margen del objeto del contrato por un importe igual al 50 % de éstas, 393.934 euros.

Dicho acuerdo fue recurrido por la concesionaria el 17 de febrero de 2017, recurso que fue admitido a trámite el día 20 del mismo mes.

VI.5. Construcción de área residencial-asistencial. Expediente BO-5422/2005

Conforme al pliego se licitó un concurso público para la concesión administrativa del suelo municipal destinado a equipamiento de la parcela dotacional A2 del Plan Parcial de la Vallina con destino a un conjunto de área residencia – asistencial de la tercera edad (geriátrico) en Luanco.

VI.5.1. Tipificación del contrato

La necesidad a satisfacer con esta operación era la puesta a disposición de los vecinos de Gozón de un geriátrico en su término municipal para lo cual se redactó un pliego cuyo objeto era la redacción de un proyecto y posterior realización de una obra. En opinión de esta SC, y sin perjuicio de otras opiniones válidas en Derecho, dicho objeto coincidiría con el propio de un contrato administrativo, concretamente el de concesión de obra pública, que puede incluir la redacción de un proyecto y ello porque la financiación de la misma la soporta el concesionario. Este último recupera el valor de su inversión al explotar el servicio durante la vigencia de la concesión a cuyo término la obra revertirá al ayuntamiento.

La administración articuló la construcción del geriátrico a través de una concesión demanial sujeta a la normativa patrimonial cuando se entiende que dicha operación debería haber sido objeto de un contrato administrativo sujeto a la normativa contractual, sin perjuicio de que la construcción se realice sobre una parcela de suelo público, que en esta operación debe considerarse accesoria al objeto principal de construcción y explotación del correspondiente conjunto residencial-asistencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 91.4 de la LPAP.

VI.5.2. Actuaciones administrativas previas

En el expediente remitido por parte del Ayuntamiento de Gozón no consta acto administrativo de inicio de expediente, ni informe alguno previo que justifique la necesidad de la contratación o la elección del procedimiento.

El pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir el concurso público se redactó para el “proyecto, construcción y explotación en régimen de concesión administrativa del suelo municipal destinado a equipamiento en la parcela dotacional A2 del plan parcial de la Vallina, con destino a un conjunto de área residencial-asistencial de la tercer edad (residencia geriátrica) en Luanco”.

Se aplica como ley del contrato el pliego, la legislación local, la LPAP y el TRLCAP. Una vez más se aúnan en un único documento los PCAP y de PPT cuando según la normativa contractual deben formalizarse dos documentos separados cada uno con un contenido determinado.

Como objeto del contrato se establece la ocupación de parte del dominio público municipal para ser destinada a un conjunto de área residencial –asistencial para la tercera edad (residencia geriátrica) estableciéndose la concesión demanial con una vigencia de 30 años desde la formalización con una posible prórroga hasta los 50 años.

Como obligaciones económicas del concesionario el pliego fija la garantía de reposición del dominio público a la situación previa, fijándose a tal efecto en un importe de 2.000 euros actualizables al fin del contrato además de un canon de 800 euros revisable anualmente por la utilización privativa de los bienes de dominio público.

Además de lo anterior, la cláusula XXII del pliego impone al concesionario en relación a la ejecución de las obras las obligaciones de redactar un proyecto de edificio destinado a ser residencia geriátrica, aprobado posteriormente por el ayuntamiento, la construcción del edificio, las zonas interiores de la parcela, las áreas de aparcamiento, el acceso desde las vías periféricas y el cerramiento de la parcela. Dichas obras e instalaciones revertirán a la administración al finalizar el plazo de concesión. Para ello, se incluye la obligación de notificar al ayuntamiento la empresa constructora que efectuará las obras y que deberá ser seleccionada conforme al TRLCAP.

El pliego evidencia la no asunción por el concesionario de la construcción del geriátrico ya que estipula las condiciones que han de regir la relación entre este y el constructor efectivo de la obra. Conforme al TRLCAP, la selección por el concesionario de la empresa constructora solo estaba sujeta a la obligación de respetar las normas de publicidad siempre que se superasen los umbrales establecidos en la norma.

El ayuntamiento por su parte se obliga a poner a disposición del concesionario los bienes e instalaciones convenidas y a otorgarle la protección adecuada para la protección de la obra y su uso.

Los criterios de valoración incluidos en el pliego se resumen a continuación:

Criterio	Valoración
a) Proyecto asistencial <ul style="list-style-type: none"> - Proyecto asistencial – residencial de la tercera edad. - Programas de educación a mayores. - Propuesta de política de recursos humanos con especial consideración al empleo femenino y local y la residencia efectiva en el Concejo de la dirección y el personal. 	Hasta 25 puntos
b) Propuesta de colaboración con las AP en asuntos relacionados con la asistencia a la tercera edad: <ul style="list-style-type: none"> - Presentación de una memoria especificando el mínimo de plazas a disposición del ayuntamiento para casos de urgente necesidad y propuestas de colaboración con las AP. Se otorgaba una mayor puntuación cuanto mayor fuera el número de plazas a disponer por la Administración. 	Hasta 10 puntos
c) Oferta asistencial: <ul style="list-style-type: none"> - Cada licitador presentará una memoria de su programa asistencial especificando la oferta en función de los diferentes grados de deterioro físico y cognitivo de las personas de tercera edad. 	Hasta 20 puntos
d) Programa constructivo y funcional. Cada licitador debía presentar: <ul style="list-style-type: none"> - una memoria constructiva que describa el proceso de ejecución de la obra. La memoria deberá hacer referencia expresa al programa de trabajo así como los medios materiales y humanos que se adscriben a la obra. - una memoria en la que se describan las características energéticas de la edificación y se aporte información sobre su eficiencia energética, justificando el uso prudente y racional de los recursos naturales. - un estudio de la parcela, con las posibilidades de desarrollo del centro asistencial para tercera edad, con indicación expresa del número de plazas y servicios generales que se pretenden construir y medidas aportadas para minusválidos o ancianos con necesidades especiales. Dicha documentación se deberá aportar a nivel de anteproyecto (plantas, alzados, pequeñas memoria, secciones, etc...). Se cumplirá en todo caso, la normativa urbanística vigente y la normativa aplicable a los centros asistenciales a la tercera edad.	Hasta 10 puntos

Criterio	Valoración
e) Cualificación de la dirección asistencial - Especial consideración a la titulación de doctorado en medicina y especialidad en geriatría, así como cualificación de la dirección de alimentación.	Hasta 20 puntos
f) Experiencia en el desarrollo de instituciones residenciales de carácter iguales o similares a las que se refiere este pliego	Hasta 10 puntos
g) Oferta económica - Se otorgan cero puntos al que iguale la oferta que iguale el tipo.	Hasta 5 puntos

Los criterios de valoración señalados son en un 85 % de carácter asistencial o social, el 10 % corresponde con el programa constructivo y un 5 % con la oferta económica sin que se establezca previamente el desglose de los puntos de la manera que el licitador potencial pueda conocer previamente el resultado de su valoración.

Es decir, se dedica el 85 % de la valoración a un aspecto ajeno al objeto del contrato y un 5 % a motivar al posible licitador a ofertar un canon más alto. En este caso, la inclusión en los criterios de valoración de la oferta asistencial es la primera mención que el pliego realiza a la misma. Lo mismo puede afirmarse de la necesaria reserva de plazas para el ayuntamiento al requerirse un mínimo de plazas a disposición del mismo para casos de urgente necesidad y propuestas de colaboración con las AAPP, de la que posteriormente derivarían las plazas reservadas para el ERA.

La especial consideración en el primer criterio de valoración a la residencia efectiva en el municipio de la dirección y del personal así como el empleo femenino local supone la inclusión de cláusulas que introducen el arraigo territorial y no son admisibles de conformidad con la normativa de contratación pública, por tratarse de cláusulas que introducen una discriminación positiva para las empresas o licitadores implantados en el territorio correspondiente. Pese a no requerirse solvencia alguna, dos de los criterios de valoración, e) y f), son en realidad requisitos de solvencia.

En fin, la elección de los criterios y su ponderación debe estar motivada y presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato.

VI.5.3. Expediente de contratación

En sesión plenaria de 25 de octubre de 2005 se aprobó el pliego. La publicación del acuerdo plenario en el BOPA se produjo el 26 de noviembre de 2005.

Con fecha 28 de diciembre se constituyó la primera mesa de contratación. A la licitación únicamente se presentó una proposición, la presentada por la empresa "Casa Larrañaga SA". Tras la apertura del sobre 1 y del sobre 2, los miembros de la mesa acordaron remitir la oferta al arquitecto municipal y a los servicios sociales. En el expediente consta el informe del arquitecto municipal sobre la propuesta presentada manifestando la existencia de una única oferta valorando el programa constructivo y funcional con dos puntos. En este informe se señala que la superficie real de la parcela era de 8.242 metros cuadrados y no los 6.288 metros cuadrados que figuraban en el pliego.

El informe de los servicios sociales no consta en el expediente siendo éste fundamental ya que el 85 % de puntos distribuidos en los criterios de valoración están íntimamente relacionados con los aspectos asistenciales. Dicho informe fue solicitado reiteradas veces por parte de la SC al Ayuntamiento de Gozón sin que se haya remitido el mismo.

La segunda mesa tuvo lugar el día 5 de enero de 2006 en la que se indica que se presentaron los informes del arquitecto municipal y de la trabajadora social, emplazándose para el día 9 de enero y así tener unos días para su análisis. No obstante entre la documentación remitida no consta el acta de esta reunión.

VI.5.4. Adjudicación y formalización

El Pleno de 11 de enero de 2006 acordó la adjudicación del contrato a la empresa Casa Larrañaga SA para el proyecto, construcción y explotación en régimen de concesión administrativa de suelo municipal de área residencial-asistencial (Geriátrico) en Luanco, estableciendo como precio del contrato un canon de 800 euros anuales por el derecho al uso privativo de los bienes de dominio público objeto de la concesión. Asimismo en dicho acuerdo plenario se establece un concierto con los servicios sociales municipales de reserva de dos plazas gratuitas para cubrir las urgencias sociales del municipio y el establecimiento de un concierto de colaboración con el organismo autónomo del Principado de Asturias, ERA, dependiente de la Consejería de Bienestar Social. El número de plazas destinadas a dicho convenio será el resultante de aplicar un 20 % al número total de plazas del centro (para el centro seleccionado de 70 plazas era de 14). Igualmente se acuerda una garantía definitiva de 6.000 euros y la devolución de la garantía provisional. El plazo de duración de la concesión administrativa se fijó en 30 años el cual podía ser prorrogado hasta un límite máximo de 50 años.

En el caso de una concesión de obra pública el plazo máximo era de 40 años y excepcionalmente bajo determinadas circunstancias podía alcanzar los 60 años.

Un decreto de alcaldía de 6 de febrero aprobó la cesión de la concesión administrativa de suelo municipal de la adjudicataria Casa Larrañaga SA a favor de Larrañaga Luanco SL. En el decreto de cesión de la concesión administrativa se señala que ésta se realiza en virtud de los artículos 92.7i) y 92.7 de la LPAP, según los cuales la concesión demanial resulta transmisible como un todo, con su haz de derechos y obligaciones, de modo que el concesionario pasa a ocupar la posición del cedente, permaneciendo sin variación el resto de cláusulas concesionales.

Sin embargo, tratándose de un contrato administrativo resultaba de aplicación el artículo 114 del TRLCAP según el cual para que la cesión se produjera se requería que ésta fuera previamente autorizada expresamente por el órgano de contratación, que el cedente tuviera ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, que el cesionario tuviera capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito había sido exigido al cedente y que se formalizara la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. En el contrato que nos ocupa la cesión ni fue autorizada por el órgano de contratación, el Pleno, ni había comenzado la ejecución habiéndose producido la adjudicación 26 días antes. Es decir, dicha cesión no era posible conforme a la normativa vigente.

Conviene recordar en este punto que de acuerdo con el TRLCAP los contratos se perfeccionaban con la adjudicación y desde ese momento desplegaban derechos y obligaciones entre las partes.

La formalización del contrato se produjo el 8 de febrero de 2006 entre el Ayuntamiento de Gozón y Larrañaga Luanco SL, es decir, el contrato se formalizó entre el ayuntamiento y una persona distinta del adjudicatario del mismo, el cesionario, a pesar de que en él se reproducen las condiciones específicas de acuerdo con la oferta del adjudicatario, cedente.

VI.5.5. Ejecución, modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo y extinción

A) Proyecto y obra

El 5 de junio de 2006 se presentó ante el ayuntamiento el proyecto básico para la construcción y el 27 de junio de 2006 la JGL acordó la concesión de la licencia a Larrañaga Luanco SL para la construcción del área residencia determinando que la parcela donde se ubicará el centro es de 8.242 metros cuadrados y que la superficie total construida según el proyecto sería de 2.392,55 metros cuadrados, por tanto superior al máximo previsto en el pliego.

El 14 de julio se liquidó el ICIO y la tasa de la licencia urbanística por valor de 94.050 euros, liquidación que se notificó el 21 de julio finalizando el plazo de pago el día 20 de agosto. El 18 de agosto la mercantil solicitó la paralización del cobro de las tasas por problemas en la parcela y en los certificados y actas de cesión a lo que el ayuntamiento no respondió siendo el silencio administrativo negativo.

El 5 de enero de 2007 el cesionario, Larrañaga Luanco, SL, ofreció a cambio de la exención tanto en la cuota íntegra del ICIO como en la tasa de licencia urbanística ampliar al 30 % el número de plazas a concertar con el ERA. El 6 de marzo se solicitaba el permiso para iniciar las obras y 10 días más tarde la autorización del ayuntamiento para la constitución de una hipoteca sobre la edificación, permiso concedido por decreto de alcaldía el 20 de marzo de 2007, cuando el órgano competente era el Pleno de la entidad.

El 28 de marzo de 2007 se firma el acto de inicio de las obras por el alcalde, el secretario, el cesionario y el director de las obras.

El 19 de abril de 2007 la JGL aprobó el proyecto de ejecución de la obra que estipulaba un plazo para la misma de 15 meses. El 4 de mayo de 2007 la mercantil solicitó al ayuntamiento que compensase la deuda tributaria pendiente (ICIO y la licencia urbanística) con los costes de urbanización de la parcela, estimados por un técnico municipal en torno a 91.991 euros, argumentando que ésta revertirá al final de la concesión. Por decreto de alcaldía de 21 de mayo de 2007 se inició el procedimiento de declaración de compensación de deudas.

El cesionario argumentaba en su solicitud de compensación que urbanizó la zona. No obstante, tratándose de suelo urbano en realidad la actuación consistía en una adecuación de la parcela, actuación incluida en el proyecto según se recoge en el pliego y en la propia oferta del concesionario. Si bien las deudas de naturaleza pública a favor de la Hacienda pública, tanto en periodo voluntario como en ejecutivo,

podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con los créditos reconocidos por aquella a favor del deudor en virtud de un acto administrativo, como bien dice el interventor, no existía ningún acto administrativo de reconocimiento de obligación a favor del interesado, tal y como señalan los artículos 71 de la LGT y 56 y 57 del RGR. En definitiva no existía obligación, vencida, líquida y exigible compensable con la deuda tributaria como mantenía el interesado y como aprobó el decreto de alcaldía, conculcando la prohibición establecida en el artículo 7.2 de la LGP.

El 2 de julio de 2007 el cesionario solicitó aumentar el plazo del contrato hasta los 50 años aduciendo modificaciones en el proyecto de construcción que implicaban mejoras en la calidad señalándose "Estas mejoras en la calidad suponen para Larrañaga Luanco SL un incremento en la inversión a realizar (pasando de unos 2.500.000 de euros a unos 3.200.000) y mayores gastos anuales de gestión. Por ello, se precisa para la viabilidad del proyecto un plazo de Concesión Administrativa superior a los 30 años previstos inicialmente, considerándose necesarios otros 20 años de prórroga también previstos en la misma Concesión". Las mejoras referidas eran en el edificio, en la calidad de los materiales, el incremento en el número de trabajadores así como en el número mínimo de plazas a concertar con el ERA y se basaban en previsiones de modificación de la normativa y en recomendaciones de normas y de asociaciones del sector.

El 5 de septiembre el secretario emitió informe sobre la prórroga en el que además de referir diversa normativa no se pronuncia sobre la legalidad de la misma.

El 7 de septiembre de 2007 la JGL acordó proceder a la declaración de la compensación de la deuda ordenando una nueva liquidación por importe de 2.059 euros por importe del remanente líquido a favor del ayuntamiento.

El Pleno en sesión de 12 de septiembre acordó prorrogar el plazo de concesión de 30 a 50 años y establecer que el 30 % de las plazas del geriátrico se concertaran con el ERA, en lugar del 20 % anterior, con la obligación para el cesionario de adjudicar a vecinos de Gozón al precio público del ERA las plazas utilizadas por el PA.

El 5 de octubre de 2007 un decreto de alcaldía autoriza el inicio de las obras actuando el cesionario como promotor y Procoin, SL como constructor.

Como consecuencia de la prórroga, el 17 de octubre de 2007, por decreto de alcaldía, se autorizó la ampliación de la hipoteca de 30 a 50 años, en los mismos términos que la primera hipoteca.

El 12 de diciembre de 2008 se solicita la licencia de primera ocupación tras haberse finalizado las obras. Dicha licencia se concedió por acuerdo de la JGL el 23 de octubre de 2012, casi cuatro años más tarde, condicionada a la corrección del saneamiento. Con la misma fecha, la JGL aprobaba la modificación del proyecto a la vez que la liquidación complementaria de los tributos por 104.640 euros ascendiendo el coste de la construcción a 2.164.640 euros. La nueva liquidación del ICIO y de la tasa urbanística por las modificaciones que había sufrido el proyecto así como la tasa de apertura ascendió a 26.629 euros. Esta liquidación tiene registro de salida del ayuntamiento el 30 de noviembre de 2012 pero fue recibida por el obligado tributario en mano el 30 de enero de 2013, una vez transcurridos cuatro años desde la solicitud de la licencia. Esta cantidad fue cobrada por el ayuntamiento finalmente el 31 de mayo de 2014.

B) *Explotación del geriátrico*

De conformidad con la oferta presentada el ayuntamiento tiene derecho a que el geriátrico tenga a disposición de los servicios sociales municipales dos plazas sin requisitos adicionales para el acceso a las mismas.

El 20 de julio de 2009 se aprobaron por decreto de alcaldía las bases reguladoras para el acceso a las plazas de emergencia social cedidas al ayuntamiento en el geriátrico.

Desde la entrada en funcionamiento del centro se han ocupado plazas de emergencia social por cuatro personas desde el 1 de agosto de 2011 y dos personas han sido rechazadas por el geriátrico pese a que había sido tramitado su ingreso en el mismo sin que consten repercusiones al centro por parte del ayuntamiento.

Oviedo, 21 de agosto de 2017

EL SINDICO MAYOR



Fdo. Avelino Viejo Fernández.