



Exp. Junta Consultiva: RES 10/2008

Resolució del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: Contracte de manteniment i conservació de les estacions depuradores i els elements annexos de l'IBASAN en la zona E1 (Eivissa i Sant Antoni de Portmany)

CONTR 69/04

Agència Balear de l'Aigua i de la Qualitat Ambiental (Abaqua)

Recurrent: Aqualia Gestión Integral del Agua, SA

**Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació de 29 de gener de 2009, pel qual es resol el recurs especial en matèria de contractació interposat per Aqualia Gestión Integral del Agua, SA contra l'acord del director executiu de l'Agència Balear de l'Aigua i de la Qualitat Ambiental de 25 de gener de 2008 pel qual s'imposa una sanció per incompliment del contracte de manteniment i conservació de les estacions depuradores i els elements annexos de l'IBASAN en la zona E1**

## **Fets**

1. Dia 15 de març de 2005 es va signar el contracte de serveis per al manteniment i la conservació de les estacions depuradores i els elements annexos de l'Institut Balear de Sanejament (IBASAN), actualment, Agència Balear de l'Aigua i de la Qualitat Ambiental (en endavant, l'Abaqua), en la zona E1 (Eivissa i Sant Antoni de Portmany), amb l'empresa Aqualia Gestión Integral del Agua, SA (en endavant, Aqualia), amb un termini d'execució de dos anys comptadors a partir del dia 1 d'abril de 2005. Aquest contracte s'ha prorrogat fins al 31 de març de 2009.
2. Dia 12 de setembre de 2007 els serveis tècnics de l'Abaqua van dur a terme una analítica d'aigua d'entrada i de sortida de l'estació depuradora d'aigües residuals d'Eivissa. De l'analítica es desprenia un mal funcionament d'aquesta, per la qual cosa el cap de l'Àrea de Gestió i Control de Sanejament de l'Abaqua va proposar, el dia 10 d'octubre de 2007, que s'incoàs un expedient sancionador.
3. Dia 31 d'octubre de 2007 el director executiu de l'Abaqua va proposar que s'imposàs una sanció econòmica de 1.738,64 €, amb l'IVA inclòs, a Aqualia per incompliment de l'obligació establerta en la clàusula 1.3 c del plec de prescripcions tècniques que regeix el contracte, d'acord amb el qual



l'adjudicatari té l'obligació "d'obtenir en qualsevol moment i en totes les estacions depuradores, els nivells de qualitat en l'aigua tractada que exigeixen la legislació europea, l'espanyola i l'autonòmica". Aquesta proposta es va notificar a Aqualia el dia 12 de novembre de 2007 i se li va donar un termini de 10 dies per presentar al·legacions.

4. Dia 23 de novembre de 2007 el senyor Ferran Bosch Mabilon, en nom i representació d'Aqualia, va presentar un escrit d'al·legacions.
5. Dia 10 de gener de 2008 el director executiu de l'Abaqua va dictar una resolució per la qual s'imposava una sanció econòmica de 2.607,96 €, amb l'IVA inclòs, a Aqualia. L'increment de la quantia de la sanció respecte a la quantia que s'havia proposat inicialment responia a l'aplicació d'un increment del 50 % d'acord amb el punt 7.4 del plec de prescripcions tècniques, ja que es considerà que les dues sancions anteriors eren fermes.
6. Dia 15 de gener de 2008 el cap de l'Àrea de Gestió i Control de Sanejament va emetre un informe en què desestimava les al·legacions i confirmava la sanció.
7. Dia 25 de gener de 2008 el director executiu de l'Abaqua va dictar una nova resolució d'imposició de sanció econòmica en què, a més, es feia referència a les al·legacions presentades per Aqualia i que, per tant, substituï la resolució de 10 de gener. En aquesta resolució es desestimen les al·legacions i s'imposa una nova sanció de 2.607,96 €, amb l'IVA inclòs. Aquest acord es va notificar el dia 31 de gener de 2008.
8. Dia 25 de febrer de 2008 el senyor Ferran Bosch Mabilon, en nom i representació d'Aqualia, va presentar davant l'Abaqua un recurs potestatiu de reposició en el qual va sol·licitar l'anul·lació de la sanció imposada.
9. Dia 2 d'abril de 2008 l'Abaqua va remetre el recurs a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, on va tenir entrada el dia 3 d'abril de 2008.

## **Fonaments de dret**

1. L'article 110 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, estableix que l'error en la qualificació del recurs per part del recurrent no és obstacle per a la seva tramitació, sempre que se'n dedueixi el caràcter veritable. En



aquest cas, s'observa clarament que l'elecció del recurs per part d'Aqualia era sens dubte la del recurs especial en matèria de contractació.

2. La competència per resoldre el recurs especial en matèria de contractació, regulada en l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord així mateix amb el Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva, i el seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.
3. Les clàusules penals, previstes en l'article 1152 del Codi civil, són obligacions accessòries a l'obligació principal que sancionen l'incompliment o el compliment irregular d'una obligació.

Les clàusules penals també estan previstes en el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), en l'article 95 pel que fa a les penalitats per l'incompliment dels terminis d'execució del contracte, i en l'article 252 pels incompliments del concessionari.

A més, en aplicació del principi de llibertat de pactes, reconegut en l'article 4 del TRLCAP, el plec de clàusules administratives que defineix les obligacions del contractista pot incloure clàusules penals específiques i pròpies.

El Tribunal Suprem ha considerat en nombrosa jurisprudència que les clàusules penals incorporades a un contracte administratiu: *a*) responen al principi de llibertat de pactes tradicionalment reconegut en la normativa reguladora de la contractació administrativa; *b*) no constitueixen l'exercici de dret sancionador, sinó que es regeixen per les normes reguladores de les obligacions, i *c*) han d'establir-se de forma expressa i manifesta, de manera que no hi caben les presumpcions del seu establiment.

En conseqüència, de conformitat amb el principi de tipicitat, és necessari que prèviament a la imposició d'una penalitat, el supòsit de fet punible hagi estat previst en els plecs.

Si no fos així, l'Administració estaria imposant una penalitat *ad hoc*, que no seria ajustada a dret i ens trobaríem davant una violació del principi de



seguretat jurídica dels ciutadans, perquè si bé és cert que les clàusules penals en el contracte administratiu no són sancions en sentit estricte, la seva imposició no està exempta dels principis jurídics que han de regir l'ordenament, com són, entre d'altres, els principis de tipicitat, proporcionalitat, seguretat jurídica i transparència.

4. Una vegada examinat el plec de prescripcions tècniques del contracte de serveis de manteniment i conservació de les estacions depuradores i els elements annexos de l'Institut Balear de Sanejament (IBASAN) en la zona E1 (Eivissa i Sant Antoni de Portmany), cal destacar les clàusules següents, relatives a les obligacions del contractista i a les penalitats que es preveuen:

La clàusula 1.3 detalla els serveis que ha de prestar l'adjudicatari, entre els quals hi ha el següent:

*c) Obtenir en qualsevol moment i en totes les estacions depuradores, els nivells de qualitat en l'aigua tractada que exigeixen la legislació europea, l'espanyola i l'autonòmica.*

*(...)*

*A efectes sancionadors, s'ha de considerar, per a cada EDAR, la seva capacitat d'eliminació dels diferents paràmetres segons el quadre anterior. Es consideren aptes els resultats recollits en l'annex 10 d'aquest plec.*

La clàusula 4.2 estableix, en relació amb l'explotació, que:

*c) Per la seva part l'IBASAN, bé mitjançant els seus propis tècnics o bé mitjançant les inspeccions, efectuarà en el laboratori de l'estació depuradora o en altres laboratoris, els assajos i anàlisis que consideri necessaris per comprovar el compliment de les condicions establertes en aquest plec, o per estudiar la possibilitat de millores en el rendiment o funcionament de les instal·lacions.*

La clàusula 4.2.1, denominada *Rendiments de la depuració*, estableix que:

*i) (...) L'IBASAN prendrà mostres mensualment, com a mínim, a cada una de les estacions depuradores. Sobre aquestes mostres es considerarà que les aigües residuals tractades s'ajusten als paràmetres corresponents quan, per a cada un dels paràmetres, les mostres d'aquestes aigües indiquin que respecten els valors paramètrics recollits en l'annex 10 d'aquest plec, considerant-se bé el valor absolut o bé el percentatge de reducció.*

*Les mostres seran compostes en aquelles instal·lacions que disposin de tomamostres automàtiques, i puntuals en la resta.*

*j) Qualsevol variació superior al que s'ha indicat calificarà la situació del procés de depuració com a deficient i s'haurà de justificar tècnicament per l'adjudicatari mitjançant el corresponent informe. En cas que el director del servei de l'IBASAN*



*no consideri suficient la justificació presentada per l'adjudicatari, s'aplicarà allò que disposa l'apartat 7.4 "Deduccions i Sancions" del capítol 7 d'aquest plec.*

La clàusula 7.4 "Deduccions i sancions" estableix que:

*Les deficiències en els rendiments de la depuració obtinguts, que no puguin imputar-se de forma fefaent a causes externes a les instal·lacions o incidències alienes a l'adjudicatari, donaran lloc a deduccions i sancions econòmiques que es quantificaran d'acord amb els criteris següents:*

*a) Per mal funcionament, basat en les determinacions efectuades sobre el mostreig dut a terme per l'IBASAN, i prenent com a valors de referència els límits assenyalats en la Directiva del Consell 91/271, de 21 de maig de 1991, s'aplicaran les deduccions següents:*

*(...)*

*- Per l'increment en més del 10% en qualsevol dels paràmetres especificats en la Directiva en la mostra mensual, 4% de la facturació mensual.*

*(...)*

*Cada vegada que es reiteri una sanció s'incrementarà un 25% l'import. Aquest increment serà acumulatiu.*

3. Els resultats de l'anàlisi d'aigua duta a terme pels serveis tècnics de l'Abaqua el dia 12 de setembre de 2007 evidencien un incompliment del contracte, que donà lloc a la proposta de sanció.

Per tant, en principi i d'acord amb la clàusula 7.4 a del plec de prescripcions tècniques, és procedent sancionar l'empresa per l'incompliment.

Les al·legacions de l'empresa Aqualia en el recurs especial en matèria de contractació, que ja s'havien presentat en l'escrit d'al·legacions a la proposta de sanció, justifiquen l'incompliment que se li imputa en les deficiències i limitacions de les instal·lacions prèvies a l'inici del contracte, i es considera així que no són conseqüència de la mala gestió de l'explotació, en l'augment del cabal d'aigua, i en altres consideracions de caràcter tècnic.

L'Abaqua va desestimar totes les al·legacions presentades per Aqualia. Cal tenir en compte que l'empresa contractista coneixia la situació tècnica de les instal·lacions quan va signar el contracte i els plecs; que podria haver comunicat prèviament a l'Abaqua les possibles deficiències que li impossibilitaven el compliment correcte del contracte, i que les circumstàncies que al·lega no desvirtuen el resultat de l'anàlisi duta a



terme a l'estació depuradora, segons manifesta el cap de l'Àrea de Gestió i Control de Sanejament de l'Abaqua.

A més, l'article 211 del TRLCAP disposa que:

- 1. El contracte s'executa d'acord amb les seves clàusules i d'acord amb les instruccions que l'Administració doni al contractista per a la seva interpretació.*
- 2. El contractista és responsable de la qualitat tècnica de les tasques que dugui a terme i de les prestacions i serveis realitzats, així com de les conseqüències que es dedueixin per a l'Administració o per a tercers de les omissions, els errors, els mètodes inadequats o les conclusions incorrectes en l'execució del contracte.*

En conseqüència, els resultats de l'anàlisi posen de manifest un incompliment del contracte que dona lloc a la imposició d'una sanció prevista en els plecs que regeixen la licitació.

4. Quant a la quantia de la sanció, que el recurrent qualifica de desproporcionada, cal fer les consideracions següents:

– La quantia de la sanció s'estableix en el punt 7.4 del plec de prescripcions tècniques com un percentatge del 4 % de la facturació mensual, l'aplicació del qual sembla que va donar lloc a l'import que es va proposar com a sanció el 31 d'octubre de 2007.

– S'ha aplicat un increment del 50 % a la sanció prenent com a base la reiteració de sancions, atès que Aqualia havia estat sancionada anteriorment per diverses infraccions a l'estació de bombament del Col·lector 0 i a l'estació de bombament de Jesús, unes sancions que l'Abaqua considerà fermes.

No obstant això, Aqualia va recórrer contra aquestes sancions el 23 de novembre de 2007, i la Comissió Permanent d'aquesta Junta Consultiva de 30 de juliol de 2008 va estimar els recursos, deixant sense efectes els acords del director executiu de l'Abaqua que les va imposar. Per tant, en el moment en què es va imposar la sanció objecte d'aquest recurs, aquestes altres sancions encara no eren fermes, per la qual cosa no era procedent aplicar aquest increment.

– S'ha aplicat l'IVA a la sanció, tot i que no ens trobam davant cap dels fets imposables que en determinen l'aplicació d'acord amb el que disposa la Llei 37/1992, de 28 de desembre, de l'impost sobre el valor afegit.



En conseqüència, ni l'aplicació de l'increment del 50 % ni l'aplicació de l'IVA a la sanció no s'ajusten a dret.

Per tot això,

### **Acord**

1. Estimar parcialment el recurs especial en matèria de contractació interposat per Aqualia Gestión Integral del Agua, SA contra la resolució d'imposició de sanció del director executiu de l'Agència Balear de l'Aigua i de la Qualitat Ambiental de 25 de gener de 2008.
2. Ordenar que es redueixi la quantia de la sanció imposada a Aqualia i que es calculi de conformitat amb la clàusula 7.4 *a* del plec de prescripcions tècniques, amb exclusió de l'IVA i de l'increment del 50 % aplicat prenent com a base la reiteració de sancions.
3. Notificar aquest Acord a Aqualia Gestión Integral del Agua, SA i a l'Agència Balear de l'Aigua i de la Qualitat Ambiental.

### **Interposició de recursos**

Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justícia, en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.