



Àrea Metropolitana de Barcelona,
Carrer 62, núm. 16-18, Edif. A planta 2a
Zona Franca, 08040 Barcelona

La Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya,

EXPOSEM

Que el DOGC núm 6188 del 8 d'agost de 2012 publica l'anunci d'informació pública de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, sobre l'establiment d'un servei, amb exposició pública de trenta dies des de la darrera data de publicació de l'aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cicle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt, sota la modalitat de conveni amb societat existent i d'acord amb la documentació que figura a l'expedient.

PRESENTEM

Al·legacions a l'Aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cicle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt

En representació de la **Plataforma Aigua és Vida**, de la qual formen part diverses organitzacions sindicals, veïnals, socials i ecologistes: Attac -ACORDEM, Enginyeria sense Fronteres, Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya, Federació d'Associacions de Veïns i Veïnes de Barcelona, Grup de Defensa del Ter, Martorell Viu, Plataforma ProuSal i Xarxa per una Nova Cultura de l'Aigua, etc.

La Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya, organització membre d'Aigua és Vida, presenta aquest escrit amb els annexos 1 y 2 d'al·legacions, a fi efecte se'ns consideri com a part interessada, que tingui per presentades les al·legacions i que en el seu mèrit, previs el tràmits oportuns es dicti una resolució per la qual s'estimin les mateixes i es resolgui el desistiment en el procediment iniciat per l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua, que inclou la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, segons la documentació que obra a l'expedient i que s'annexa a aquest acord, de conformitat amb els articles 158 i següents del Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny.

Barcelona, 7 de setembre de 2012

Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya

ANNEX 1

Al·legacions a l'establiment d'un servei a l'Àrea Metropolitana de Barcelona i l'establiment d'un sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant una societat amb capital mixt

En representació de la **Plataforma Aigua és Vida**, de la qual formen part diverses organitzacions sindicals, veïnals, socials i ecologistes,

La Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya,

EXPOSEM

1. Que en data 24 de juliol de 2012 la sessió del Consell Metropolità de l'Àrea Metropolitana de Barcelona ha aprovat inicialment l'establiment i prestació del servei del cycle integral de l'aigua, que inclou la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, segons la documentació que obra a l'expedient i que s'annexa a aquest acord, de conformitat amb els articles 158 i següents del Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny. El servei del cycle de l'aigua integra els actuals serveis de subministrament d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa, el servei públic de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals i també inclou el servei de la regeneració d'aigües residuals per a altres usos.
2. Que el DOGC núm 6188 del 8 d'agost de 2012 publica l'anunci d'informació pública de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, sobre l'establiment d'un servei, amb exposició pública de trenta dies des de la darrera data de publicació de l'aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt, sota la modalitat de conveni amb societat existent i d'acord amb la documentació que figura a l'expedient.
3. Que dins el termini conferit han estat presentats dos annexos d'alegacions

PRESENTEM

Al·legacions a l'Aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt

Que havent consultat l'expedient i al documentació annexa passem a formular les següents Al·legacions:

Al·legació 1 Situació actual del servei domiciliari d'abastament d'aigua a l'àrea metropolitana de Barcelona.

Es primordial per poder dur a terme pròpiament les al·legacions, que tinguem present la situació en la que actualment es presta el servei d'abastament d'aigua potable a la zona metropolitana de Barcelona. I ho és per constatar que l'esmentada situació és del tot punt irregular, sense adequar-se a la regulació legal vigent per trobar-se prestada per via de fet per part de Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA (seguidament SGAB) qui des del segle XIX ha prestat el servei en la majoria dels distints municipis sense cap mena d'adequació a la regulació ni concessional ni de les competències dels serveis públics locals.

Concretament els municipis en els quals duu a terme l'abastament domiciliari d'aigua potable són els següents: Barcelona, l'Hospitalet de Llobregat, Cornellà de Llobregat, Gavà, Castelldefels, Viladecans, Sant Boi de Llobregat, Sant Climent de Llobregat, Begues, Santa Coloma de Cervelló, Esplugues de Llobregat, Sant Just Desvern, Sant Joan Despí, Sant Feliu de Llobregat, EI Papiol, Pallejà, Torrelles de Llobregat., Badalona, Santa Coloma de Gramenet, Cerdanyola del Vallès, Montcada i Reixac, Montgat i Sant Adrià del Besòs

Tret dels municipis de Begues, Pallejà, EI Papiol, Sant Climent del Llobregat, Santa Coloma de Cervelló i Torrelles de Llobregat, en la resta la gestió del servei d'abastament d'aigua potable es duu a terme sense cap títol concessional.

En el decurs de tot el període en el que SGAB ha dut a terme la gestió del servei d'abastament d'aigua, com dèiem de fet, ha construït i gestionat les infraestructures per la prestació del servei, a través de la reposició i manteniment d'aquelles ja implementades i per l'extensió de la xarxa a costa dels agents urbanitzadors. Tots aquestes quantitats han estat imputades a les tarifes que per via de l'amortització han retribuït en un cas les inversions i per via dels costos del servei la reparació i el manteniment.

Al·legació 2. SGAB com titular d'instal·lacions d'abastament d'aigua en alta

Cal conèixer quines són les instal·lacions d'abastament en Alta que s'inclouran en el contracte i quines són de competència metropolitana, dels Ajuntaments o de la Generalitat de Catalunya.

Al·legació 3. L'Àrea Metropolitana com titular de la competència

La llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, estableix en el seu article 14, que

*"En matèria d'aigües, sens perjudici de les competències de l'Administració hidràulica de Catalunya, i de les competències municipals que no són objecte de regulació per aquesta llei, i d'acord amb la planificació aprovada per la Generalitat i el règim economicofinancer establert, l'Àrea **Metropolitana de Barcelona** té les competències i la titularitat dels serveis següents:*

a) EI subministrament domiciliari d'aigua potable o l'abastament d'aigua en baixa; la gestió directa o indirecta de l'aigua; la regulació, prèviament a l'autorització de la Comissió de Preus de Catalunya, dels preus de les tarifes d'aigua d'acord amb els costos que la prestació del servei requereix, que comprèn l'estructura tarifària i els tractaments especials o les bonificacions, i altres funcions que corresponen a l'ens local titular del servei.

b) EI sistema públic de sanejament en alta i la depuració d'aigües residuals, i també la regeneració d'aquestes aigües per a altres usos, sens perjudici de les competències de l'Agència Catalana de l'Aigua (ACA) per a atorgar els títols habilitants corresponents, concessió i autorització, per a la reutilització de les aigües regenerades.

c) *La coordinació dels sistemes municipals de sanejament en baixa i, en particular, la planificació i la gestió integrada de l'evacuació d'aigües pluvials i residuals i de les xarxes de clavegueram. "*

De fet, el servei d'abastament d'aigua fou declarat d'interès metropolità el 17 de juliol de 1980 i assumida la seva gestió en data 28 de gener de 1983 per l'extinta Corporació Metropolitana de Barcelona, posteriorment assumida per l'EMSHTR i actualment com hem vist residenciada en la pròpia Àrea Metropolitana de Barcelona.

Per tant, podem dir que l'Àrea Metropolitana ha incorporat a dins de les seves competències el que la Llei de Bases de Règim local i la Llei Municipal de Catalunya han reservat per als municipis respecte del cicle integral de l'aigua.

Al·legació 4. EI plantejament de la gestió indirecta de bona part del cicle integral de l'aigua mitjançant una empresa d'economia mixta.

En resumides comptes, el que l'acord del Consell Metropolità estableix, és l'establiment de la gestió indirecta del servei de bona part del cicle integral de l'aigua a través d'una empresa d'economia mixta, en la que participa en un 20% del seu capital social i en el que la part privada i operadora de la societat serà SGAB, que és la que ara gestiona en una situació de fet bona part del serveis que inclou la nova mixta, sense promoure cap tipus de concurrència ni de competència per a l'adquisició de la posició d'operador soci privat d'una empresa d'economia mixta per un període de 50 anys.

Es certament sobrecol·lidor que quan les distintes entitats públiques que volen fer participar el sector privat en la gestió de les infraestructures hidràuliques estan promovent la competència per, en definitiva, obtenir la proposta econòmicament més beneficiosa, (a tall d'exemple la Generalitat de Catalunya i la Comunitat de Madrid, així com importants municipis que gestionaven directament el servei) l'Àrea Metropolitana, no tan sols no promou aquesta contesa per a l'obtenció de la millor oferta, sinó que estén sense cap justificació la situació d'un operador privat que gestionava serveis públics sense cap títol, per al màxim de temps legal que pot i sense cap contrapartida econòmica, com més endavant es veurà.

Al·legació 5. Manca de justificació de l'interès públic

Un dels elements fonamentals de tota activitat administrativa és l'acreditació de la seva motivació. Certament, en l'expedient aprovat apareix tot el pressupost normatiu de fet al que l'acte s'aplica, a través de l'enumeració i transposició dels preceptes de la regulació de règim local i dels contractes del sector públic. Però el que en cap cas s'acredita i ni tant sols s'afirma és el servei a l'interès públic específic que constitueix el fi propi de la potestat administrativa que s'exercita, que és la causa pròpia de l'acte. Efectivament, la motivació en quan que explicitació de la causa del contracte ha d'acreditar que el contingut del acte s'adeqüi amb la finalitat de l'actuació de l'administració. Així ho demana l'article 53. 2 de la LRJPA, quan determina que el "*contenido de los actos se ajustara a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y sera determinado y adecuado a los fines de aquellos*". És a dir, que la

causa dels actes administratius ha de resultar de la satisfacció o persecució de l'interès públic, en cada cas concret i en aplicació del que determina la legislació i la finalitat de l'òrgan administratiu que dicta l'acte.

Aquest element subjectiu ja d'aparèixer i mostrar-se mitjançant la motivació de l'acte administratiu que ha de servir per explicitar la connexió entre la competència administrativa, la llei que regula la seva actuació i els fets concrets als que atén l'acte administratiu.

Dons bé, explicitat en l'expedient per a la constitució d'una empresa mixta d'una durada de 50 anys, mitjançant la participació pública en societats ja constituïdes, a l'empara de l'article 283 del ROAS i de l'article 264.1 de la llei municipal, en cap cas hi ha rastre de la motivació per part de les administracions competents del servei, per tal de dur a terme aquesta modificació de la forma del servei i de la constitució d'una empresa mixta per una durada de 50 anys, quan clarament es pot sostenir que la situació d'SGAB es troba sense cap empara legal. Efectivament, el que s'ha de ponderar a través de la motivació és (i) la conveniència de la constitució d'un servei integral d'abastament i clavegueram, (ii) la idoneïtat de la gestió indirecta a través d'una empresa mixta, (iii) la constitució d'aquesta empresa mixta a través d'un conveni amb l'empresa concessionària actual exclouent per aquesta raó la pública concurrència i (iv), principalment, el bescanvi entre la situació existent amb la concessió de la condició de soci privat a SGAB per un període de cinquanta anys, amb una participació del del vuitanta per cent en la societat concessionària d'economia mixta.

Aquesta absència de motivació, no és, tant sols, un trencament de les normes de caire formal, sinó que en el cas que ens ocupa té una profunda implicació en el fons de l'actuació administrativa. Efectivament, l'Àrea Metropolitana és un ens administratiu amb competència en l'àmbit material de l'abastament d'aigua i per exercir-la ha d'acudir a la seva actuació de caire discrecional, que es distingeix de la reglada pel fet que aquella implica una facultat d'opció entre dues o més solucions igual de vàlides, segons la llei. Però, justament, per tal de que l'exercici d'una potestat discrecional no sigui equivalent a una arbitrarietat es demana que es raoni per part de l'administració la seva decisió.

Considerem que en el expedient administratiu no es troba la mínima motivació que permeti conèixer per quina raó i a quina finalitat serveix l'adopció dels acords i, com hem exposat, on es troben els motius finals per tal de convertir un concessionari al que li resten cinc anys per a la finalització de la concessió en un soci d'una empresa mixta per una durada de cinquanta anys.

Al·legació 6. Sobre la forma de constitució de l'empresa mixta

Per dur a terme l'operació l'Àrea Metropolitana s'acull a la previsió del Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels ens locals (ROAS) de creació d'una empresa mixta mitjançant conveni amb una societat existent. Aquest plantejament jurídic parteix d'un error de base que invalida d'inici tot el procés. La cobertura jurídica que es pretén donar en l'expedient administratiu, intentant encaixar el què no és més que una "adjudicació directa" dels serveis d'abastament domiciliari d'aigua potable, depuració, clavegueram en alta i regeneració d'aigua de l'Àrea

Metropolitana a favor d/SGAB, dins el precepte que el ROAS preveu perquè l'administració pugui "convenir" amb empreses ja existents la constitució d'una societat mercantil de capital mixt, és del tot incompatible amb la naturalesa jurídica dels serveis la prestació dels quals es pretenen "convenir".

Els serveis d'abastament domiciliari d'aigua potable i els de serveis de sanejament (clavegueram i depuració), són serveis que resten tipificats per la legislació bàsica de règim local, com a serveis bàsics on opera la reserva d'activitat en favor de l'administració. Aquesta reserva d'activitat que opera per la pròpia naturalesa del servei, per tractar-se d'un servei de prestació i recepció obligatòria, significa que cap particular o entitat diferent a l'ens local a qui correspon aquesta activitat/servei pot desenvolupar-la si no és en base a un títol (concessió o altra forma de gestió que es convingui) atorgat per la pròpia administració titular d'aquest servei.

Per raó de la reserva d'activitat, que opera sobre el servei que ve prestant SGAB en diversos municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, no pot prosperar la idea de constituir una empresa mixta per gestionar aquest servei a partir d'un conveni amb una empresa ja existent, doncs aquesta empresa o bé està prestant el servei en base a un títol concessional (cosa que no és el cas tal i com es reconeix en el propi expedient, amb les excepcions esmentades anteriorment), amb la qual cosa correspondria iniciar un expedient per la conversió del títol concessional (conversió títol); o bé si hi ha una empresa privada prestant aquest servei sense títol concessional (com és el cas que ens ocupa) ens trobem davant d'una situació a precari i de fet que en cap cas pot acabar beneficiant a aquell quina situació és irregular i de la qual s'ha vingut beneficiant.

És a dir, el què es pretén amb aquest expedient és legalitzar la situació d'SGAB a partir de la renúncia (irrenunciable) per part de l'Administració de la reserva d'activitat que opera sobre el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable, tot afavorint a aquesta entitat privada amb el dret a gaudir del dret a gestionar (i per tant fent negoci) el servei durant 50 anys més, a més d'ampliar el seu àmbit de monopoli (que no cal oblidar que es tracta i és tractarà d'un monopoli privat) als serveis de depuració i clavegueram en alta a l'Àrea Metropolitana de Barcelona. Tot això vulnerant els principis més elementals de la contractació pública con són el foment de la pública concurrència i competència.

Gestió privada amb règim de monopoli d'un servei públic durant més de 145 anys. Un element bàsic que l'expedient obvia en la seva fonamentació, és el fet de que SGAB porta, de forma ininterrompuda i sense mitjà licitació de cap mena, més de 145 anys gestionant el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable a la majoria de l'àmbit al qual es vol aplicar el conveni.

És un fet més que evident que tant en la legislació actual, com en l'anterior la legislació a l'empara de la qual SGAB va iniciar la seva prestació, s'estableix un topall temporal màxim per la gestió de qualsevol servei públic, límit temporal que és més que manifest que SGAB ha excedit amb escreix en qualsevol dels casos. PER LA LLEI DEL 1870 DE INFRAESTRUCTURES SERIEN 99, LA LLEI DE CONTRACTES PUBLICS 99, PERÒ EL QUE ÉS EVIDENT ES QUE DE

TOTES TOTES EL UMIT DES DE ES DE 50 ANYS DES DE L'ANY 1950.

No deixa de sobtar que atesa la claredat meridiana dels preceptes aplicables, com de la pròpia jurisprudència que de forma reiterada i unànime ha vingut emanant del Tribunal Suprem, en casos similars, on l'alt tribunal s'ha manifestat categòric sense excepció contra la vulneració d'aquest límit temporal, l'expedient passi per alt aquest fet que de per sí inhabilita qualsevol possibilitat de conveniar res amb SGAB.

Ens trobem davant d'un supòsit on no hi ha lloc ni per la més mínima interpretació: el fet de que SGAB hagi vingut gaudint de l'explotació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable de la majoria dels municipis de l'àmbit metropolità, de forma ininterrompuda i sense mitjà licitació de cap mena durant més de 145 anys, contravé tots els preceptes de l'ordenament jurídic actual, el vigent en el moment en que es va constituir SGAB i el més bàsic sentit (per no dir normativa) de la competència i la transparència.

Valgui la pena destacar, malgrat ser obvi, que durant aquests 145 anys SGAB ha vingut gaudint i fent negoci, més enllà del termini màxim que en el millor dels casos hagués pogut imaginar, amb l'explotació en règim de monopoli d'un servei públic bàsic, quina activitat resta reservada a l'administració i que hores d'ara, la pròpia administració, pretén no tant sols continuar prolongant aquest privilegi (doncs no podem trobar altra forma jurídica per referir-nos hi) sinó que a més l'amplia a d'altres serveis que fins ara eren prestats directament per l'administració. Tot l'anterior sense promoure ni la més mínima concurrència i vulnerant en conseqüència els drets fonamentals dels ciutadans i empreses competidores.

No cal oblidar que aquest privilegis (propis de l'època feudal i amb altament perjudicials per tota la ciutadania) són atorgats en favor d'una entitat privada que gira sota el nom comercial SGAB, de capital majoritari francès, doncs Suez Environnement posseeix el 75% d'SGAB, alhora que participada indirectament per l'estat francès mitjançant la participació que aquest ostenta a Suez-Gdf, empresa matriu de Suez Environnement. La línia escollida per l'Àrea Metropolitana per la creació de l'empresa de capital mixt juntament amb SGAB conculca de forma flagrant els més elementals principis de la normativa de la competència.

En l'ordenament jurídic vigent resta consagrat, de forma general, el principi general de promoure la competència entre empreses i particulars a fi i efecte d'evitar posicions dominants i els abusos que d'aquestes se'n deriven. De forma específica la Llei de contractes del sector públic, disposa de forma categòrica que en tots els processos de contractació de administracions públiques, s'haurà de lliura concurrència de licitadors per tal de promoure al màxim la competència, amb el benefici directe que aquesta implica pels ciutadans.

EI fet de que els responsables de l'Àrea Metropolitana concertin directament amb els responsables de SGAB un mecanisme per la creació d'una empresa mixta, sense promoure la concurrència d'altres licitadors, eludint en conseqüència la lliure competència, amb l'efecte directe que això té en relació al serveis i als preus que finalment acaben rebent i pagant els ciutadants, suposa una vulneració clamorosa dels principis bàsics del nostre ordenament

jurídic.

No deixa de ser sorprenent que en tota la instrumentació d'aquest procés tots els esforços hagin estat adreçats a intentar justificar l'encaix jurídic d'un esquema (per no dir muntatge) de creació d'empresa de capital mix a partir d'una empresa preexistent, que no passa ni el més mínim filtre jurídic i que per contra no hi hagi ni el més mínim interès, per part de l'Administració, per vetllar pel respecte dels drets fonamentals del ciutadans i els principis bàsics del nostre ordenament jurídic.

Amb el concert amb SGAB per la creació de l'empresa mixta que gestioni el què anomenen el cycle integral de l'aigua, que equival a una adjudicació directa de tots aquests serveis a SGAB, l'Àrea Metropolitana irroga greus perjudicis i a molt llarg termini a tots els ciutadans de l'àmbit metropolità. Als ciutadans se'ls priva de poder accedir a un millor servei, amb millors condicions mediambientals i sobretot econòmiques, tant sols pel simple fet de no promoure la lliure competència entre empreses, la qual, a més de ser obligatòria per Llei. Promoure la competència comportaria una millora substancial de les condicions que pugui oferir SGAB o si més no significaria que les condicions ofertes haurien passat el filtre de la competència i els preus i condicions de prestació serien ajustats a mercat i sobretot haurien passat el filtre de legalitat que actualment no passen. Finalment, sobre aquest punt, no podem deixar d'esmentar que SGAB a través d'una altre de les seves empreses participades ja va intentar en un altre àmbit geogràfic una operació que tenia ribets semblants i que la justícia li va negar aquesta possibilitat, concretament mitjançant la Sentència de 26 d'abril de 2010, dictada pel Tribunal de Justícia d'Andalusia.

Efectivament, el procediment per a la constitució de l'empresa mixta, segons disposa l'article 264.1 de la llei Municipal i el 283 del ROAS pot ser mitjançant el conveni amb una societat única ja existent. Aquest conveni, que de facto constitueix una excepció del principi de concurrència per quan que suposa que per a la constitució de la societat mercantil mixta no hi ha cap licitació, se sustenta per un conjunt de raons de distinta naturalesa. Tanmateix, el que aquests motius obvien és que SGAB és una mercantil i el que s'ha d'acreditar és la impossibilitat de promoure la concurrència segons el que es preveu en l'article 172 de la llei de Contractes del Sector Públic (LCSP), segons el que igualment al·ludeix en el document "Procediment Administratiu" de l'expedient. Però el que no es pot argüir, es que es d'aplicació l'article 172 de la LCSP, es a dir que no pot haver concurrència per raó de que l'article 283 del ROAS permet la constitució d'una societat mixta mitjançant conveni. No es pot admetre aquesta argumentació donat que SGAB justament és una societat que presta els seus serveis d'abastament sense cap títol.

En aquest sentit, ens permetem aportar la sentència de 26 d'abril de 2010, dictada pel Tribunal de Justícia d'Andalusia, en el recurs 132/2009, en el qual es dilucida un cas idèntic al que aquí es planteja, amb la diferència que l'excepció argüida per l'Ajuntament, essent la mateixa, tenia el seu fonament en el Reglament de Serveis de les Corporacions Locals. La dita sentència, en els fonaments de dret cinquè, sisè, setè i vuitè, estableix:

Al·legació 7 Sobre l'abdicació de les facultats públiques vers l'empresa privada.

EI més sorprenent de tot plegat, no obstant, és com des d'un ens públic pot emanar un expedient amb aquest grau de confusió i ignorància dels preceptes més bàsics de l'ordenament jurídic, alhora que incorre amb un nivell tant elevat de complaença i submissió vers als interessos d'una empresa privada. Es fa molt difícil entendre com des de la vessant pública, que presumptament ha de vetllar per l'interès general, es deixi de banda el concepte de servei públic per tal de validar una situació irregular i atorgar nous drets a una empresa privada (SGAB), amb el més clamorós perjudici pels interessos dels ciutadans i ciutadanes, pels quals l'Administració Pública ha de vetllar. És de destacar que dins aquesta confusió que sembla regnar en alguns estaments de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, s'ha oblidat (o potser alguns han confós) que el què dóna lloc a que una empresa privada pugui gestionar un servei públic és un títol, ja sigui concessional o de qualsevol altra forma de gestió indirecta, però sense cap mena de dubte un títol que ha d'atorgar l'administració titular d'aquest servei. Els informes jurídics que s'incorporen a l'expedient administratiu pretenen justificar allò que és injustificable: que després de més de 145 anys prestant de forma ininterrompuda un servei públic, hores d'ara se li amplii el termini per uns nous 50 anys i a sobre se li atorgui la gestió dels serveis de depuració, clavegueram en alta i regeneració d'aigua, per conformar el què anomenen cicle integral de l'aigua, la qual cosa no deixa de ser una paradoxa doncs com pot donar-se aquest cicle sense incorporar el clavegueram en baixa.

Els informes jurídics obrants a l'expedient, no obstant, obvien un seguit de fets d'allò més elemental, com que el titular del servei és l'administració i no l'empresa privada; que una empresa privada que ha vingut prestant el servei durant més de 145 anys no pot apel·lar a cap mena de propietat sobre els actius del servei (valgui la pena la remissió a la extensa i unànime jurisprudència del Tribunal Suprem sobre aquest supòsit i en especial a allò que els hi succeeix a aquells concessionaris que voluntàriament o per desconeixement no ha dotat cap mena de fons de reversió durant el termini en què han vingut explotant el servei públic); qualsevol inversió executada pendent d'amortitzar està integrada dins la tarifa del Servei, per la qual cosa és propietat del Servei (no de l'empresa gestora del servei) i es recupera per mitjà de la tarifa del Servei amb independència de qui i com es presti el prestí; que l'administració titular del servei està subjecte als principis bàsics de la contractació administrativa. De tot l'expedient i especialment dels informes incorporats, s'intenta traslladar la idea de que el servei públic com a tal no existeix, si no que, fins a la data, el servei de subministrament domiciliari d'aigua potable a tots els municipis on el presta SGAB es tracta d'un "servei privat". En definitiva la idea que abona l'expedient és que, fins a la data, una empresa privada és titular d'uns actius en base als quals ve prestant, des de fa més de 145 anys, el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable i que per raó d'aquest fet el servei esdevé un servei de naturalesa privada i no un servei públic. Com s'ha vingut reiterant aquesta interpretació significa la contravenció del concepte més elemental concepte de servei públic i especialment de la reserva d'activitat en favor de l'administració en aquests tipus de serveis.

És a dir la línia justificativa escollida en l'expedient administratiu, el concepte servei públic resta sotmès als interessos particulars d'una empresa privada (quins canvis accionaris han estat un constant en els darrers anys, fins el punt de convertir-se en una filial d'una empresa

francesa participada indirectament per l'estat francès), fomentant la idea de que, com SGAB ha vingut gestionant el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable fins a la data, no hi ha res millor per l'interès públic que sigui aquesta empresa la que continuï gestionant aquest servei per 50 anys més i a més adjudicar-li directament nous serveis, doncs com segons aquesta línia interpretativa el concepte de Servei Públic. l'interès general, els drets dels ciutadans i la lliure competència. han de restar sotmesos als interessos particular de SGAB (AGBAR) que els responsables de l'Àrea Metropolitana. segons sembla. situen en un nivell superior al qualsevol dret que pugui assistir a la ciutadania (entesos en aquest cas com usuaris del servei) , per no mencionar ja a les empreses competidores i vulnerant els principis més bàsics de qualsevol sistema democràtic i de l'economia de mercat.

Al·legació 8. Absència de cap valoració econòmica que justifiqui les magnituds de l'expedient

Essencialment, les magnituds que componen l'expedient són la constitució d'una empresa d'economia mixta per un període de 50 anys, en la que la participació de l'Àrea Metropolitana serà del 10 per cent.

En l'expedient, hi ha una total absència d'una valoració econòmica que contempli la previsió dels ingressos i les despeses del servei, així com les necessitats d'inversió i de la forma d'amortització de la mateixa i la corresponent a la del capital privat de l'empresa mixta. Efectivament, en el document "Estudi econòmic del servei integral de l'aigua", foli IOS, no hi ha més que referències genèriques a la formulació de les tarifes per tal de retribuir el servei per part de l'empresa mixta prestadora del servei, per bé que es fa més èmfasi en les despeses d'explotació del servei de clavegueram.

Queda doncs clar que una de les més importants facetes de la motivació de l'expedient no és que no s'hagi dut a terme, sinó que es reconeix que no es pot efectuar ja que no es contemplen les dades mínimes per poder-se considerar. En aquest sentit, la motivació de la durada del contracte de gestió de serveis públics ve determinat, per la pròpia legislació i pels traços de la institució. Així, l'article 232 del ROAS, en el seu apartat 1.d), en una redacció pràcticament idèntica a la del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, ens diu que el clausulat del contracte ha d'incloure la determinació del termini del contracte "segons les característiques del servei i les inversions que s'hagin de realitzar". la doctrina, per exemple, Esteban Arimany en el seu llibre *La reversión de instalaciones en lo concesión administrativa de servicio público*, ens diu que el "ente concedente, sin exceder del mismo, debe determinar para cada supuesto el plazo concesional que considere mas adecuado a las peculiaridades -sobre todo financieras- del servicio en cuestión" i per reblar la seva afirmació aporta el dictamen del Consejo de Estado de 13 de desembre de 1950 que afirma que el termini del contracte de gestió de serveis és "el límite de extensión de una facultad administrativa que en tal sentido consagra un poder discrecional a modular en cada caso, según las valoraciones de interés general que la propia Administración privativamente considere". En definitiva, la durada del contracte resulta de considerar que el gestor del servei ha percebre la retribució per les despeses del servei, la recuperació de les inversions precises i

el benefici corresponent, per un temps que no resulti excessivament gravós per als usuaris del servei.

En l'expedient administratiu no existeix cap motivació de la decisió de la durada de 50 anys per a l'empresa mixta, i no és duu a terme perquè l'expedient reconeix, com hem vist, que es desconeixen les inversions que s'ha de dur a terme i per tant el temps que ha de gaudir l'empresa mixta de la gestió del servei no es pot modular en atenció al factor decisiu de la recuperació de les inversions. En definitiva, si com hem vist la durada del contracte de gestió de serveis públics es configura bàsicament, sota paràmetres financers, en l'expedient en cap cas aquests es tenen en compte i ni es coneixen per la qual cosa no pot donar-se una resolució motivada. Però, es que és més, la durada de 50 anys que com hem vist és la màxima no pot ser contemplada en cap cas, ja que el que és evident és que no hi ha cap necessitat de l'execució de noves inversions més que aquelles que tinguin motiu per a la reposició i restabliment de la xarxa. És a dir que no hi ha inversions que el concessionari (segons la legislació la mixta té aquesta condició), hagi de escometre per a poder prestar el servei tal i com ara està configurat.

Així doncs, aquesta absència de motivació de l'acte discrecional de determinació de la durada del contracte de l'empresa mixta, que ve donada essencialment per la inexistència dels pressupòsits fàctics que la normativa determina com precisa per poder-se causalitzar la decisió de l'òrgan d'administració, ha de conduir-nos novament al vici de manca de motivació que ja hem aHudit abans i que ha de conduir a què forçosament hagi de dictar-se un acte de revocació de procediment iniciat.

Al·legació 9. Absència dels requisits precisos per poder-se acordar una forma de gestió del servei amb una durada de cinquanta anys

Un altre dels les retrets que es pot fer a l'expedient és el de la durada de l'empresa mixta prevista, ja que no es donen els requisits que la llei estableix per a que tingui una durada de cinquanta anys.

"El contracte de gestió de serveis públics no pot tenir caràcter perpetu o indefinit, i s'ha de fixar necessàriament en el plec de clàusules administratives particulars la durada i la de les pròrrogues de què pugui ser objecte, sense que pugui excedir el termini total, incloses les pròrrogues, dels períodes següents:

a) Cinquanta anys en els contractes que compreguin l'execució d'obres i l'explotació de servei públic, llevat que aquest sigui de mercat o llotja central majorista d'articles alimentaris gestionats per una societat d'economia mixta municipal, cas en què pot ser fins a 60 anys.

b) Vint-i-cinc anys en els contractes que compreguin l'explotació d'un servei públic no relacionat amb la prestació de serveis sanitaris.

És evident, doncs, que l'empresa mixta, com a forma del contracte de gestió de serveis públics, segons determina l'article 253. d) de la ICSP, únicament pot tenir una durada de cinquanta anys si porta aparellada la previsió d'execució d'obres. La *ratio legis* d'aquest precepte entronca justament amb el que hem exposat anteriorment, ja que l'execució de les obres la llei considera que pot donar lloc a una inversió molt important i que la recuperació d'aquest capital per part del gestor privat, en el nostre cas a través de l'estructura financera de l'empresa mixta, pot tenir la necessitat de ser a través d'un temps més llarg per tal de que els usuaris puguin pagar el servei d'una forma poc gravosa.

Com hem vist abans, en l'expedient no s'especifiquen les obres que s'han de fer, ja que les mateixes es deixen per a una posterior determinació, amb la particularitat que sempre es parla d'inversions, concepte genèric que no necessàriament ha d'incloure "obres". Per tant, la durada de l'empresa mixta no pot ser de cinquanta anys.

És més, l'article 117.2 de la ICSP estableix, al respecte dels expedients del contractes de gestió dels serveis públics que:

"En els contractes que compreguin l'execució d'obres, la tramitació de l'expedient ha d'anar precedida de l'elaboració i aprovació administrativa de l'avantprojecte d'explotació i del corresponent a les obres necessàries, amb especificació de les prescripcions tècniques relatives a la seva realització. En aquest supòsit són aplicables els preceptes que estableix aquesta Llei per a la concessió d'obres públiques."

És a dir la llei és congruent en el sentit de demanar que si hi ha incorporades obres a la prestació del gestor, aquestes es determinin en la fase d'avantprojecte als efectes de delimitar els drets i obligacions de les parts del contracte. En el cas que ens ocupa, aquest avantprojecte no existeix, òbviament, ja que ni tant sols s'al·ludeix a la prestació de les obres. La qual cosa, com ja hem dit, impedeix la durada dels cinquanta anys.

Al·legació 10. Integració vertical de serveis públics i adjudicació directa

Valgui la pena destacar que amb aquest expedient la entitat metropolitana integra verticalment quatre serveis públics (abastament domiciliari d'aigua potable, depuració, clavegueram en alta i regeneració d'aigua) i els adjudica tots directament a una empresa sense mitjà licitació.

Tot l'argumentari que figura en l'expedient administratiu per la integració vertical de tots aquests serveis no passa de ser un mer exercici retòric mancat del mínim rigor tècnic, econòmic, mediambiental i de dret comparat. Als efectes, valgui simplement apuntar que difícilment es pot parlar de integració vertical (l'expedient es refereix a aquesta integració com a cicle de l'aigua) quan el propi cicle integral que sembla promoure o es tal doncs com es pot apreciar, hi manca un element essencial com és el clavegueram en baixa. Igualment la formulació econòmica justificativa resta desacreditada d'inici pel simple fet de que és impossible donar validesa a uns preus que no han passat pel més mínim filtre del mercat.

Finalment, des d'una perspectiva de dret comparat, valgui la pena indicar que el què s'està duent a terme a nivell internacional és precisament tot el contrari, un procés de desintegració vertical per tal de fomentar la correcta formació de preus i millora de les prestacions mitjançant la competència entre operadors i en diferents àmbits.

Del que es desprèn de l'expedient, els responsables de l'Àrea Metropolitana es decanten per un model de concentració de serveis sobre la base d'un vehicle en forma de societat de capital mixt, constituït eludint el més mínim control i millora de les condicions econòmiques que brinda (i per llei són d'obligatori compliment) la lliure competència.

Al·legació 11. Sobre la condició de SGAB com empresa existent

No deixa de resultar sorprenent que la pedra angular de l'elaboració jurídica per constituir l'empresa mixta directament amb SGAB, eludint la més mínima promoció de la competència i conculcant la normativa més bàsica, estigui constituïda pel fet de que SGAB és l'empresa existent que ha vingut prestant el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable durant els darrers 145 anys a gran part de l'àrea metropolitana de Barcelona.

Si bé és cert que SGAB ha vingut prestant el servei d'abastament domiciliari d'aigua potable durant més de 145 anys, no és menys cert que aquesta empresa, que és a la vegada operadora del servei i societat capçalera del grup empresarial que gira sota la denominació comercial d'SGAB, ha vingut experimentant especialment durant els darrers quatre anys forts canvis en la seva composició accionaria!.

Atès que el sosteniment de tot l'argumentari jurídic passa per la existència prèvia d'una empresa que ve prestant el servei, el què caldria qüestionar és el fet de si és aquesta empresa és el títol (o en aquest cas potser millor seria dir la carència de títol) la que aglutina i constitueix el nucli sobre el qual s'ordena i vertebrava la unitat operativa i de negoci que dona lloc a l'entitat que es pretén identificar com a preconstituïda.

Doncs bé si s'analitza la pròpia organització del grup AGBAR i el rol que juga dins ella SGAB, com a societat capçalera del grup, tot apunta a que no és l'empresa sinó el títol de la concessió demanial, que en el seu dia va permetre a SGAB iniciar la prestació del servei domiciliari d'aigua potable, el què constitueix el catalitzador i aglutinador de la unitat operativa i de negoci de subministrament domiciliari d'aigua potable a l'Àrea Metropolitana. Essent d'aquesta manera en cap cas es pot considerar l'empresa existent per constituir l'empresa mixta, doncs la pròpia SGAB, quan li ha convingut i especialment en els darrers anys, ha procedit a realitzar moviments accionaris ignorant expressament el fet de que SGAB, com a capçalera d'AGBAR, sigui l'operadora del servei de subministrament domiciliari d'aigua potable de gran part de l'Àrea Metropolitana i en especial les disposicions del ROAS que obliguen en aquests casos a sol·licitar l'anuència de l'administració en els casos de canvis accionaris que representin un canvi de control de la societat, tal i com ha estat el cas en els darrers anys en que Suez Environnement s'ha fet amb el control del 75% de la companyia i durant els quals els actes propis de SGAB-AGBAR demostren que per ells no ha existit una empresa "prestadora"

d'un servei sinó que han disposat d'un "dret" per explotar un servei públic, integrat com unitat de negoci dins una estructura corporativa on SGAB és la societat matriu però que l'operació correspon a una unitat de negoci que per sí mateixa no té una personalitat jurídica, doncs aquesta la pren prestada de la matriu.

És una evidència de tot el devenir de SGAB-AGBAR sobretot en els darrers anys, que la gestió del servei d'abastament domiciliari de l'Àrea Metropolitana de Barcelona no s'ha dut per una empresa sinó per una unitat de negoci d'un conglomerat empresarial i que per aquesta raó no han sol·licitat ninguna autorització o demanat anomenada de cap mena a l'administració titular del Servei, davant els canvis en el control de la societat que han esdevingut en els darrers anys.

Al·legació 12. Sobre l'opacitat de l'operació plantejada

Si tot el que s'ha exposat no és prou aclaridor, el propi procediment seguit es clarament opac i emmascarador de pretensions i finalitats que no s'adeqüen en cap cas al mandat legal.

Es absolutament cert que la situació en la que es troba SGAB ha generat no pocs debats ciutadans durant molts anys, recentment una sentència d'un jutjat de Barcelona, l'ha qualificat de clandestina. En aquest sentit, no s'ha d'oblidar que la municipalització d'SGAB ha estat plantejada força vegades des de la seva constitució. Com pot ser que ara es procedeixi a fer-se aquesta operació sense cap mena de debat ciutadà, sense cap publicació dels tractes que han dut a terme a l'acte que s'està exposant?

Quina explicació té que un expedient d'aquesta transcendència es publiqui el dia 8 d'agost, sinó és per evitar que el mateix tingui el mínim ressò possible?

Aquest comportament, és del tot punt incomprensible des de la bona fe, el seguiment del mandat de la transparència i la explicabilitat dels actes públics. Òbviament, això no invalida legalment les actuacions, però del que no té cap dubte és que acredita ben a les clares l'entrallat obscur i mancat de tota justificació. De fet, el que ja és del tot punt insostenible i acreditatiu de la mala fe processal es la pròpia publicació de l'acte en el mes d'agost, en el BOP, sense que en cap cas s'hagi fet ressò d'un acord del que imaginem que per molt denigrant que és per la pròpia Entitat Metropolitana, els gestors d'aquesta n'estaran satisfets i la podran exhibir davant dels ciutadans metropolitans. Òbviament això no és així, atès que el que s'està duent a terme és un acte viciat pel que la legislació ha definit com a desviació de poder.

Al·legació 13. De l'estètica de l'operació i dels seus actors

Adicionalment a tot l'anterior, l'operació plantejada, tant en la forma com en el fons, no deixa d'estar del mínim de prudència i estètica que ha de presidir una operació d'aquesta dimensió.

Com pot ser que en un país que està patint una de les crisis més severes dels últims temps, on la gran majoria de les famílies han vist com alguns o tots els seus membres estan a l'atur, els seus ingressos i en conseqüència les seves possibilitats econòmiques s'han vist reduïdes de forma bàsica, es pugui plantejar una adjudicació directa d'un servei públic essencial, en favor d'una empresa privada de capital majoritari estranger, sense mitjà ni el més mínim debat públic, sense la promoció de la lliure concurrència, ni sense sotmetre al més mínim escrutini de públic dels preus que al final acabaran pagant els ciutadans i que conformaran els beneficis de SGAB-AGBAR i la seva matriu, la multinacional Suez Environnement?

Quina estètica té una operació que es concerta entre una empresa SGAB-AGBAR el President Executiu de la qual, Angel Simón Grimaldos, ha estat fins abans d'incorporar-se a SGAB-AGBAR el màxim responsable de l'ens regulador que ara concerta amb SGAB-AGBAR una operació d'aquesta mena?

Per tot l'exposat

SOI-LICITEM se'ns consideri com a part interessada, que tingui per presentades les anteriors al·legacions i que en el seu mèrit, previs el tràmits oportuns es dicti una resolució per la qual s'estimin les mateixes i es resolgui el desistiment en el procediment iniciat per l'establiment i prestació del servei del cycle integral de l'aigua, que inclou la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, segons la documentació que obra a l'expedient i que s'annexa a aquest acord, de conformitat amb els articles 158 i següents del Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny.

Barcelona, 7 de setembre de 2012

Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya

ANNEX 2

Al·legacions a l'establiment d'un servei a l'Àrea Metropolitana de Barcelona i l'establiment d'un sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant una societat amb capital mixt

En representació de la **Plataforma Aigua és Vida**, de la qual formen part diverses organitzacions sindicals, veïnals, socials i ecologistes,

La Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya,

EXPOSEM

Que el DOGC núm 6188 del 8 d'agost de 2012 publica l'anunci d'informació pública de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, sobre l'establiment d'un servei, amb exposició pública de trenta dies des de la darrera data de publicació de l'aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt, sota la modalitat de conveni amb societat existent i d'acord amb la documentació que figura a l'expedient.

PRESENTEM

Al·legacions a l'Aprovació inicial de l'establiment del sistema de gestió del servei públic del cycle integral de l'aigua mitjançant societat amb capital mixt

Que havent consultat l'expedient i al documentació annexa passem a formular les següents **Al·legacions:**

Al·legació 1.

Segons la *Memòria i Projecte sobre la gestió del servei metropolità del cycle integral de l'aigua mitjançant la constitució d'una societat d'economia mixta* (pàg. 58-60) "les instal·lacions d'abastament en alta no varen poder ser transferides formalment a la CMB perquè la Llei 4/1990 declarà aquest servei com d'interès de la Generalitat". Posteriorment, la Llei 12/2000 confirmà la competència de la Generalitat, i el vigent DL 3/2003 ho corrobora. Així doncs **és la Generalitat i no l'AMB l'Administració competent en l'abastament en alta, de manera que l'AMB no es trobaria facultada per atorgar la gestió d'aquest servei i, per tant, tot el procés iniciat és nul.**

Al·legació 2.

Com hem vist en l'Al·legació 1 el cycle integral de l'aigua a la regió de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (en endavant AMB) afecta competències de la Generalitat i l'AMB. També dels Ajuntaments, en concret els municipis tenen competències pròpies en "el subministrament d'aigua i l'enllumenat públic, els serveis de neteja viària, de recollida i tractament de residus, les clavegueres i el tractament d'aigües residuals" (art. 66.3I del RDL 2/2003). Per tant **es fa del tot inviable la creació d'un únic operador que assumeixi la prestació dels diversos serveis existents en aquest cycle.**

Al·legació 3.

Segons la **Sentència 298/2010, d'octubre, del Jutjat Contenciós - Administratiu núm. 12 de Barcelona** es manifesta literalment que "**resulta que no hi ha contracte de concessió [...] ni hi ha adjudicació del servei ni hi ha contracte [...] ara per ara la gestió del servei d'abastament d'aigües a la ciutat de Barcelona i l'actuació de la SGAB en tant que concessionària del servei són actuacions il·legítimes**". Així, si bé el contracte subscrit el 18 d'abril de 1983 entre l'antiga CMB i la Societat General d'Aigües de Barcelona - SGAB establia que "quan resulti procedent" s'atorgaria la concessió del servei en baixa (en aquell moment anomenat "servei d'abonats") a SGAB, **aquesta atorgament mai s'ha arribat a formalitzar.**

Considerem d'una gravetat absoluta, una gran irresponsabilitat política i totalment improcedent i pernicios el reconeixement *de facto* de la concessió en baixa del servei públic.

Així, **no solsament demanem una aturada de tot el procés** sinó que considerem que amb la documentació facilitada, o més ben dit a causa de la palesa de falta d'elements bàsics del contracte com cànon que s'abona, drets i obligacions de les parts, causes d'extinció del contracte, termini de la concessió, etc. **l'AMB hauria d'iniciar una investigació que clarifiqui l'estat de totes les concessions en baixa operades per SGAB o la seva filial SOREA en la regió metropolitana.**

Així, de constatar-se la inexistència de concessions o irregularitats exigim que es creïn automàticament serveis de gestió directe i s'iniciïn tràmits per tal de depurar responsabilitats i establir indemnitzacions degudes a la desregulació d'un servei bàsic com és l'aigua. De no ser així **considerem que es podria incórrer presumptament en un delictes de prevaricació i d'apropiació indeguda.**

Cal tenir present que la indefinició sobre la durada del contracte suposa una vulneració de la legislació de contractes del sector públic, que exigeix que la durada dels concessions sigui definida. (art. 278 RDL 3/2011).

Al·legació 4.

Així, tot que obviéssim l'Al·legació 3, fet totalment improcedent, **considerem totalment impropí l'adjudicació directe de la participació privada en la societat mixta a mans de SGAB sense cap procés públic de licitació**, doncs suposa una greu vulneració dels principis més elementals de la contractació pública i un tracte de favor a una empresa en perjudici de totes les altres del sector.

Es justifica l'adjudicació proposada al·legant el procediment negociat que estipula "*cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado*". Aquest aspecte però, resulta fals, doncs no és cert que la gestió integral del cicle de l'aigua a l'AMB només pugui ser encomanda a SGAB doncs aquest només podria ostentar al servei d'abastament d'aigua potable *en baixa*, però no té cap responsabilitat en l'abastament i sanejament *en alta* ni en l'abastament i tractament d'aigua no potable ni clavegueram. És més, avui en dia existeixen diferents empreses de capital públic i privat que presten el servei d'aigua *en baixa*. Així en la creació d'un nou servei, com és el cas, no està en cap moment justificada la exclusivitat de SGAB.

A més, fer prevaldre la normativa de règim local per damunt de la normativa de contractació pública només es possible quan es tracta de la prestació de serveis pública que es prestin exclusivament per un organisme públic, i per tant, sense participació del sector privat.

Per altra banda, en relació el dret comunitari de la contractació pública i les concessions i al Text Refós de la Llei de contractes del Sector Públic, de 14 de novembre de 2011 (TRLCSF) veiem com deixa ben clar que tant en la doble licitació o la única, com és el cas, ha de realitzar-se mitjançant un procediment de concurrència competitiva. Aquesta és opció és la més habitual tant en el Parlament Europeu com en la Comissió i el propi Tribunal de Justícia de la Unió Europea. És molt instructiva la lectura de la seva Sentència del 15 d'octubre de 2009 (AS. C-196/08, Acoset SpA) on es pronuncia sobre la licitació convocada per a la selecció del soci privat minoritari d'una societat d'economia mixta que va ser adjudicatària directe del servei integrat d'aigües de la província de Ragusa (Sicília):

"56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (Sentencia de 11 de Enero de 2005, As. C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48).

58 [...] recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas -como la que se discute en el litigio principal-, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos [...]

60 En la medida que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario [...]

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada

que los artículos 43 CE (RCL 1999, 1205 ter), 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras – como el que se examina en el litigio principal- a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las pretensiones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.”

Per tot això considerem que **obviar el principi de lliure concurrència suposa una negligència notable en la defensa dels interessos públics, els ciutadans i ciutadanes usuàries del servei, i posa en risc la pròpia AMB.**

Al·legació 5.

La concentració i monopoli de tot el cicle en un únic operador posa en perill l'interès públic que hauria de prevaldre en el cas dels serveis d'interès general, com ho són específicament els serveis d'abastament i sanejament d'aigua, cal recordar que l'art. 13.1.d) de la Llei estatal 17/2009, que transposa la Directiva 123/2006/CE exceptua de la lliure prestació dels serveis "Els servis de distribució i subministrament d'aigua, i els servies d'aigües residuals"..

Al·legació 6.

Complementàriament la concentració i monopoli de tot el cicle en un únic operador desemboca en un clar abús de posició dominant i contradiu l'article 2 de la *Llei 15/2007, del 3 de juliol, de Defensa de la Competència* d'Espanya, i l'article 102 sobre abús de mercat del Tractat de Funcionament de la Unió Europea. Una vegada més tant el Parlament Europeu com en la Comissió i el propi Tribunal de Justícia de la Unió Europea han fet especial incidència en garantir que en el cas de concessió de serveis de subministrament d'aigua hi hagi diversificació entre les grans distribuïdores o gestores dels subministraments *en alta* i *en baixa*.

Al·legació 7

Tot i que es reconeix que caldrà respectar les relacions contractuals i els ens de gestió existent, es recorrent la voluntat de que aquest nou servei s'apliqui "a tot l'àmbit metropolità". Així, fins i tot es preveu la inclusió en "la resta del territori, a mesura que es vagin resolvent les relacions contractuals vigent o que, previs els acords necessaris amb les parts implicades, s'arribi a solucions d'integració unitària del servei" (pàg. 14 de l'Informe de la Secretaria General).

Ens sembla totalment inadequat e improcedent i que **està fora de les competència de l'AMB decidir quin model de gestió ha de desenvolupar cada municipi.** Així doncs, creiem que s'ha d'anular el procés engegat i establir per a qualsevol decisió d'aquestes magnituds un consens previ amb tots els municipis de l'AMB, més quan aquesta té reconeguda en la llei 31/2010 la responsabilitat de coordinació i cooperació entre les diferents Administracions.

Al·legació 8

La repartició accionarial del 85% i 15% entre el sector privat i públic està insuficientment justificada. Per una banda, faltarien una o més auditories externes que justifiquin i valorin tots els actius, i per altra banda falten tots els documents acreditatius de les propietats preteses per SGAB. Així, per exemple, s'adjudiquen a SGAB la propietat de canonades que ja han pagades i per tant traspassades a l'administració pública, entre d'altres.

La falta de rigor i documentació en el repartiment i valoració sembla respondre als interessos de la entitat privada i no pas als de l'AMB. Demanem una ampliació,

informes extern i clara transparència dels aspectes financers de la proposta.

Al·legació 9

Complementàriament, **una repartició accionarial del 85% i 15% posa en greu perill l'interès públic que ha de prevaldre en tot servei d'interès general**, així com es contraria als criteris establerts per la normativa Europea. La Sentència Sea del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 10 de setembre de 2009 (C-573/07) posa en qüestió que el control que pot exercir una autoritat, quan participa en una empresa privada, sigui equiparable al que pot exercir mitjançant els seus propis serveis. Així per tal de pal·liar aquesta manca d'autonomia de l'autoritat pública, en funció de la seva posició estatutària en els òrgans de gestió s'exigeix que l'empresa privada participant acrediti que no té "vocació de mercat", aspecte que evidentment no es produiria en aquest cas. O per exemple en la Sentència Coditel del mateix Tribunal, de 13 de novembre de 2008 (C-324/07) exigeix que per entendre que una entitat adjudicador exerceix un control suficient quan es constitueix en una societat mixta, que es disposi d'una posició estatutària d'influència en l'adopció de les decisions i els objectius, i a més, que acrediti que l'entitat privada no té vocació de mercat, i, per tant, no exigirà autonomia en la presa de decisions respecte les entitats públiques que la controlen.

Al·legació 9

Finalment, donada les constants referències que es fan en la Memòria i Projecte, a experiències de gestió a l'exterior participades per SGAB o la seva Matriu AGBAR-SUEZ, així com una recurrent visió favorable als interessos de l'empresa, considerem que **hi ha indicis que podrien fer pensar en la participació de la pròpia SGAB en l'elaboració dels documents facilitats**. Cal advertir que de ser així SGAB no podria presentar-se com a concessionària del citat servei ja que segon l'Art. 56 RDL 3/2011 s'estableix que: "*sin perjuicio de los dispuesto en la relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trajo privilegiad con respeto al resto de las empresas licitadoras*".

Per tot l'exposat

SOI-LICITEM se'ns consideri com a part interessada, que tingui per presentades les anteriors al·legacions i que en el seu mèrit, previs el tràmits oportuns es dicti una resolució per la qual s'estimin les mateixes i es resolgui el desistiment en el procediment iniciat per l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua, que inclou la memòria justificativa, el projecte d'establiment i el reglament del regim jurídic de la prestació, segons la documentació que obra a l'expedient i que s'annexa a aquest acord, de conformitat amb els articles 158 i següents del Reglament d'obres, activitats i serveis (ROAS), aprovat per Decret 179/1995, de 13 de juny.

Barcelona, 7 de setembre de 2012

Federació d'Ecologistes en Acció de Catalunya