

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

**INFORME 1/2011, DE DATA 16 DE MAIG DE 2011 . CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVICI PÚBLIC. CONTRACTE DE CONCESSIÓ D'OBRA PÚBLICA. DIFERÈNCIES. LICITACIÓ EN UN MATEIX EXPEDIENT D'AMB DÓS CONTRACTES. POSSIBLE INCLUSIÓ EN ELS PLECS DE PRESTACIONS NO RELACIONADES DIRECTAMENT AMB L'OBJECTE DEL CONTRACTE. VULNERACIÓ DELS PRINCIPIS BÀSICS DE LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA.**

En data 26 de gener del 2011, ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de l'Ajuntament del Campello, de conformitat amb el que disposa l'art. 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, amb el tenor literal següent:

‘Basant-se en el que disposa l'article 15 del Decret 79/2000 de 30 de maig pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 3767 de 8 de juny), se li sol·licita, INFORME en relació amb els punts següents:

A) L'ajuntament està construint, a través d'un contracte d'obra, una piscina municipal i unes instal·lacions esportives annexes a esta que formen part del mateix complex esportiu dins del nucli urbà (parcel·la núm. 1). Una vegada construïdes, l'ajuntament pretén gestionar-ho indirectament a través d'un gestor, que haurà d'aportar l'equipament necessari per a la seua explotació, així com tot el personal necessari i assumir tots les despeses que s'exigisca per al seu funcionament (llum, aigua, neteja, reparació, manteniment, seguretat... ); a canvi l'empresa es remunerarà via tarifes directament dels usuaris.

B) D'altra banda, l'ajuntament és propietari d'una parcel·la on es permet, segons el nostre Pla General, l'ús esportiu. Esta es troba situada en un altre punt del terme municipal (platja Muchavista) (parcel·la núm. 2). La corporació està considerant la possibilitat de convocar, en relació amb esta parcel·la, un procediment de licitació per a adjudicar un contracte de concessió d'obra pública perquè s'hi construïska i es gestionen determinades instal·lacions esportives (edifici/s i pistes esportives).

Davant d'esta situació, i atés que ambdues parcel·les tenen un ús esportiu i a fi que l'usuari final pugua gaudir d'ambdós complexos amb una mateixa quota de soci o amb més beneficis, encara que es troben en punts distints del municipi, l'Ajuntament es planteja les qüestions següents:

**1r.- Respecte al contracte de la parcel·la núm. 1: Quin tipus de contracte seria?.**

**2n.- Respecte al contracte de la parcel·la núm. 2: Quin tipus de contracte seria?.**

**3r.- Es podrien incloure ambdós contractes en una mateixa licitació, de manera que l'objecte del contracte fóra el següent?:**

A) Concessió d'obra pública i explotació consistent en la construcció i explotació d'un centre esportiu i diverses pistes ( Parcel·la núm 2) i la

B) Explotació i equipament d'unes instal·lacions esportives consistents en una piscina coberta i en instal·lacions annexes. ( Parcel·la núm 1).

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

**4t.- Si es poden vincular...:**

- 4.1: Quin tipus de contracte és?
- 4.2.- Quin seria el seu règim jurídic: actuacions preparatòries, preceptes aplicables a la seua execució...?
- 4.3.- Quin seria el preu del contracte. Quins components el formen per a calcular-lo?

**5é.- Respecte a l'explotació de la parcel·la núm. 1, i en el supòsit de no poder unificar ambdós contractes:**

- 5.1.- Si es considera com un contracte de gestió de servici públic: quins elements formen part del preu del contracte i quin seria el precepte aplicable per a determinar el preu del contracte?
- 5.2.- Si es considera com una concessió de domini públic: quins elements formen part del preu del contracte i quin seria el precepte aplicable per a determinar el preu del contracte?

**6é.- Respecte a la construcció i explotació de la parcel·la núm. 2, i en el supòsit de no poder unificar ambdós contractes:**

- 6.1.- Seria possible exigir al concessionari un cànon en espècie per l'explotació, consistent en la construcció i cessió a l'ajuntament d'un edifici per a dependències municipals situada en la mateixa parcel·la núm. 2?
- 6.2.- Seria possible exigir al concessionari com a obligació la construcció i cessió a l'ajuntament d'un edifici per a dependències municipals situades en la mateixa parcel·la núm. 2?

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les qüestions que planteja l'ajuntament consultant han de trobar resposta integral. En este sentit i en primer terme, respecte de les obres que s'estan fent en la parcel·la núm. 1, resultat de la licitació i adjudicació d'un contracte d'obres, cal indicar que la mera explotació d'una obra construïda no pot ser considerada com contracte de concessió d'obra pública. A este respecte l'art. 7 de la Llei 30/2007, de 31 de d'octubre, de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP) disposa que el contracte de concessió d'obra publica és aquell que té com a objecte la realització pel concessionari d'algunes de les prestacions a què es referix l'article 6 (contracte d'obres), incloses les de restauració i reparació de construccions existents, així com la conservació i manteniment dels elements construïts, i en el qual la contraprestació a favor d'aquell consistix, o bé únicament en el dret a explotar l'obra, o bé en este dret acompanyat del de percebre un preu.

La raó fonamental consistix en la correcta transposició de la Directiva 2004/18/CE que no preveia la Llei 13/2003, de 23 de maig, de concessió d'obres públiques, en què la mera explotació d'una obra construïda constituïa un contracte de concessió d'obra publica (vegeu dictamen del Consell d'Estat a l'Avantprojecte de Llei Reguladora de la Concessió d'Obres Públiques 3375/2001 de 15 de desembre del 2001), incorporada posteriorment el Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques. Així i tot, la LCSP manté la diferent tipologia d'ambdós contractes, mentre que la Directiva 2004/18/CE, considera la concessió d'obra pública com un tipus de contracte d'obres.

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

En segon terme, el plantejament de la consulta exclou la concessió demanial, perquè es tracta de “gestionar indirectament” un servei de competència de les administracions locals, com es veurà més endavant. Així les coses, hem de qüestionar-nos si ens trobem davant d'un contracte de gestió de serveis públics.

De l'anàlisi de la Llei 7/1985, Reguladora de Bases de Règim Local i, més concretament, de l'article 25.2, els municipis exerciran en tot cas competències, en els termes de la legislació de l'Estat i de les comunitats autònomes, en les matèries següents: ...m) Activitats o instal·lacions culturals i esportives; ocupació del temps lliure; turisme.

L'article 26 del text legal esmentat, a més, concreta que els municipis amb població superior a 20.000 habitants (supòsit de l'ajuntament consultant): “hauran de prestar els serveis següents:.. instal·lacions esportives d'ús públic.”

D'altra banda, la Llei 8/2010, de 23 de juny, de la Generalitat, de Règim Local de la Comunitat Valenciana estableix en l'article 33, així mateix, que els municipis valencians tenen competències en ... n) Activitats o instal·lacions culturals i esportives.

Fetes estes consideracions prèvies, hem d'analitzar el concepte de contracte de gestió de servei públic a la llum de les disposicions esmentades en relació amb la LCSP.

Segons la LCSP el contracte de gestió de serveis públics és aquell en virtut del qual una administració pública encarrega a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha sigut assumit com propi de la seua competència per l'administració que encarrega. És per això que la LCSP en l'article 116 disposa que “abans de procedir a la contractació d'un servei públic, s'haurà d'haver establert el seu règim jurídic, que declare expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida per l'administració respectiva com a pròpia d'esta, atribuisca les competències administratives, determine l'abast de les prestacions a favor dels administrats, i regule els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei”.

D'acord amb estes normes reguladores del règim jurídic del servei, els plecs de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques fixaran les condicions de prestació del servei i, si és el cas, fixaran les tarifes que hauran de pagar els usuaris, els procediments per a la seua revisió, i el cànon o participació que s'ha de satisfer a l'administració (art. 117). És a més necessari, de conformitat amb l'art. 183 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, l'elaboració i incorporació a l'expedient de contractació, abans de la seua aprovació, del projecte d'explotació corresponent que, referit al servei públic susceptible de ser organitzat amb unitat i independència funcional, comprega un estudi economicoadministratiu del servei, del seu règim d'utilització i de les particularitats tècniques que resulten necessàries per a la seua definició.

Del text de la consulta formulada, la qüestió següent a dilucidar és si estem davant d'un contracte de gestió indirecta de serveis públics davall la modalitat de “concessió”.

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

En este aspecte hem de precisar que el determinant no és exclusivament la forma de remuneració al contractista concessionari, sinó que, a més, el contractista assumisca la totalitat o, almenys, una part significativa del risc d'explotació que corre l'entitat adjudicadora, fins i tot si este risc és, des de l'inici, molt limitat a causa de la configuració juridicopública del servici. En efecte, és corrent que certs sectors d'activitat, en particular els sectors relatius a activitats d'utilitat pública, siguen objecte d'una reglamentació que pot tindre com a resultat limitar els riscos econòmics que es corren. Ha de continuar sent possible que les entitats adjudicadores, actuant de bona fe, garantisquen la prestació de servicis per mitjà d'una concessió, si consideren que es tracta de la millor manera de garantir el servici públic en qüestió, fins i tot si el risc d'explotació és molt limitat al principi, precisament per eixa reglamentació (Sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 10 de setembre del 2009 en l'Assumpte C-206-08, Eurowasser i d'11 de març del 2011 en l'assumpte C-274/09, Privater Rettungsdienst). En este sentit pot veure's igualment l'informe d'esta Junta 1/2010, d'octubre de 2010.

De l'anàlisi dels preceptes relatius al règim local i la contractació del sector públic, i de la consulta formulada, cal afirmar que en el cas de l'explotació de les instal·lacions esportives ja construïdes situades en la parcel·la 1, estariem davant d'un contracte de concessió de servici públic, sempre que es donen, efectivament, tots els requisits mencionats en les consideracions anteriors.

Quant al preu del contracte de gestió de servici públic en la modalitat concessió, l'informe 2/2010, de 31 de gener del 2011 d'esta Junta determina que :

“Com tot contracte onerós, ha de fixar-se un preu, preu que no és no més ni menys que la remuneració al contractista per la prestació del servici i, si és el cas, per les inversions que siguen necessàries per a això. Així l'article 257 de la Llei de Contractes del Sector Públic (LCSP) determina que el contractista té dret a les contraprestacions econòmiques previstes en el contracte, entre les quals s'inclourà, per a fer efectiu el seu dret a l'explotació del servici, una retribució fixada en funció de la seua utilització que es percebrà directament dels usuaris o de la mateixa administració.

És a dir, en el contracte de concessió la llei distingix dos possibles classes de contraprestació al concessionari del servici: una, en funció de la utilització del servici, necessària i obligatòria per ser on residix principalment el “risc i ventura” de l'explotació, i una altra que, en cas d'haver-ne, no estarà en funció d'esta utilització i dependrà de les prestacions previstes en el contracte que obliguen l'adjudicatari a efectuar inversions o despeses que seran retribuïdes per les tarifes o retribucions per la utilització.

En estos contractes, com en qualsevol altre contracte de concessió (concessió d'obres públiques), la retribució al contractista i en conseqüència el preu del contracte ha de fixar-lo l'administració basant-se en l'avantprojecte d'explotació que obligatòriament ha d'acompanyar la licitació si el contracte comprén l'execució d'obres, o basant-se en l'estudi econòmic per a la determinació de les tarifes que hauran de pagar els usuaris quan el contracte no comprenga l'execució d'obres i esta siga l'única forma de retribució al contractista. Així l'article 183 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (RGLCAP) aprovat per Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, en relació amb l'article 117 de la LCSP, estableix que “A excepció dels supòsits a què fa referència l'article 158.2 de la llei els projectes

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

d'exploació hauran de referir-se a servicis públics susceptibles de ser organitzats amb unitat i independència funcional. Comprendran un estudi economicoadministratiu del servici, del seu règim d'utilització i de les particularitats tècniques que resulten necessàries per a la seua definició, que haurà d'incorporar-se per l'òrgan de contractació a l'expedient de contractació abans de l'aprovació d'este últim."

Este avantprojecte ha de preveure les despeses i els ingressos derivats de l'exploació del servici i les seues possibles variacions al llarg de l'execució del contracte. L'avantprojecte d'exploació o l'estudi econòmic han de preveure com a mínim i bàsicament les partides següents:

#### DESPESES

Despeses de personal  
Aprovisionaments (béns corrents i servicis)  
Altres despeses d'exploació (excepte, el possible cànon)  
Despeses financeres  
Amortitzacions i provisions  
    Subtotal costos directes d'exploació (C)  
Si és el cas, cànon a favor de l'administració  
    Total Despeses Exploació

#### INGRESSOS

Tarifes per la utilització del servici, pagades pels usuaris o per l'administració concedent  
Aportacions o subvencions de l'administració, si n'hi ha.  
Ingressos accessoris a l'exploació  
    Total Ingressos Exploació

#### RESULTAT

Marge, benefici o pèrdues del gestor (abans d'impostos): ingressos-despeses

Òbviament, ha de garantir-se l'equilibri financer del contracte i per a això els ingressos estimats durant el període que comprega la concessió han de ser suficients per a cobrir els costos totals d'exploació del servici durant eixe mateix període, inclòs el cànon que, si és el cas, ha de percebre l'administració, més un benefici raonable en termes de mercat i referit al conjunt del període. Atés que una part d'estos ingressos depenen de la utilització del servici pels usuaris, en l'avantprojecte d'exploació serà necessari estimar o determinar a 'priori' el nombre d'usuaris i la intensitat d'ús del servici que es consideren normals o esperables en cada any de la concessió, en funció dels quals s'establiran les tarifes que han d'assegurar este equilibri financer. No obstant això, el fet que durant la concessió s'aconseguisquen o no este nombre d'usuaris o la demanda d'ús prevista en l'avantprojecte d'exploació constitueixen el principal risc que ha d'assumir l'adjudicatari.

D'eixa forma, la retribució al concessionari, i per tant el valor estimat i el preu del contracte, es poden definir com el valor actual (en el moment de la licitació) del total d'ingressos estimats que percebrà o podrà percebre el concessionari vinculats a l'exploació del servici durant tot el

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

període de la concessió, menys el valor actual del cànon que, si és el cas, ha de satisfer el concessionari a l'administració durant el mateix període.

Alternativament, el preu o valor estimat del contracte pot obtindre's o vindre reflectit pel valor actual dels ingressos mitjans anuals que s'estimen que pot i ha d'obtindre el contractista durant el període de concessió, multiplicat pel nombre d'anys de concessió i minorat igualment pel valor del cànon que, si és el cas, cal satisfer a l'administració durant la vigència del contracte.”

Distinta és la resposta que esta Junta ha de donar al contracte que es pretén sobre la parcel·la núm. 2. Ací cap clarament un contracte de concessió d'obra pública, ja que complix els requisits vistos anteriorment d'acord amb la LCSP. El destí de les obres és explotable econòmicament i, amb més motiu, l'obra no és un element accessori, sinó l'element principal que determina la concessió d'obra pública.

Ambdós contractes, el de concessió de servicis i el de concessió d'obra pública encara que compartisquen una mateixa finalitat són contractes distints quant a la seua conceptualització, però també quant al seu objecte, per la qual cosa no poden licitar-se conjuntament com un únic objecte i tipus contractual, sense perjuí que res impedisca que ambdós contractes es puguen licitar paral·lelament o simultàniament, però de forma independent.

Convé preguntar-se si cabria la licitació per lots distints en una mateixa licitació, però hem d'afirmar rotundament que no. I això sobre la base del que clarament disposa la LCSP en l'article 74.3 que exigix un únic i mateix objecte, fraccionable en lots, i una unitat funcional entre ells, però tractant-se de prestacions diferenciades, la qual cosa en el supòsit consultat ja hem vist que no és la qüestió, o bé que així ho exigisca la naturalesa de l'objecte, la qual cosa no és el cas.

Per tant, no es donen els requisits mencionats per a la licitació conjunta d'ambdues prestacions com un únic contracte.

Quant a la última de les qüestions plantejades, són totalment contraris a dret ambdós supòsits. Res pot esgrimir-se perquè un contracte l'objecte del qual és la construcció i explotació d'instal·lacions esportives i en qualsevol altre cas l'explotació d'instal·lacions esportives ja existents, puguen obligar o establir un cànon sobre la base de la construcció d'un edifici per a les dependències municipals que, al seu torn, requereix d'una contractació independent que garantisca els principis fonamentals de publicitat, transparència, lliure concurrència i igualtat i que, per descomptat, no té res a veure amb l'objecte d'aquells.

Esta forma d'actuar, que ve sent freqüent com ha observat esta Junta, per mitjà de la introducció de millores, prestacions accessòries, i altres clàusules, que són autèntics contractes objecte de licitació independent i en res vinculats a l'objecte del contracte, suposa un greu incompliment dels principis de la contractació pública exposats.

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011

## **CONCLUSIONS**

**PRIMERA.-** El contracte per a la gestió indirecta de les instal·lacions esportives relatives a la parcel·la núm. 1, si es donen els requisits legals indicats en el present informe, tindria com a objecte la concessió de servici públic i el tipus contractual correspondria al de contracte de gestió de servicis públics per mitjà de concessió.

**SEGONA.-** El contracte de construcció i explotació de les instal·lacions esportives en la parcel·la núm. 2, si la retribució al contractista consistix en el dret a l'explotació d'estes al seu risc i ventura, o en este dret acompanyat d'un preu, s'ajusta al contracte de concessió d'obra pública.

**TERCERA.-** Al correspondre a contractes totalment diferenciats quant al seu objecte, tipus contractual, execució i altres característiques, no poden ser objecte de licitació conjunta com un únic contracte.

**QUARTA.-** No és conforme a dret qualsevol clàusula en els plecs de clàusules administratives que implique pel contractista la realització de prestacions, l'execució d'obres o l'entrega de subministraments, no relacionats directament amb l'objecte del contracte, siga com a criteri d'adjudicació, cànon de participació, prestació accessòria o qualsevol altra de naturalesa semblant; la seua inclusió contravé l'ordenament jurídic en matèria de contractació pública i estes prestacions han de ser objecte de contractació independent

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

**LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA**

Margarita Vento Torres

Vist i plau

**EL PRESIDENT DE LA JUNTA**  
(Per substitució, art. 1.a) Ordre  
d' 11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

**APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRACTACIÓ  
ADMINISTRATIVA, en data 16 de maig  
de 2011.**

José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENT

**CONSELLERIA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y EMPLEO**  
**Junta Superior de Contratación Administrativa**  
**Avellanas, 14 – 4º K**  
**46003 VALENCIA**  
**Tel. 963.98.50.80**  
**Fax. 963.98.50.90**

Ref. SUB/SCC/mv-jb  
Asunto : Informe 1/2011