

INFORME 10/2014, DE 17 DE FEBRER DE 2015. DURACIÓ D'UN CONTRACTE DE PRESTACIÓ DE SERVICIS. Càlcul del valor estimat dels contractes. Contractes d'espectacles. Contractes amb associacions culturals i ONG. Contractes amb mitjans de comunicació. Contractes mixtos. Contractes finançats amb subvencions.

ANTECEDENTS

En data 10 d'octubre de 2014, ha tingut entrada en esta Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Torreveija a l'empara de l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, amb el tenor literal següent:

"L'alcalde president de l'Ajuntament de Torreveija formula, davant de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat, com a òrgan consultiu i assessor en matèria de contractació, l'escrit de consulta següent sobre els punts indicats tot seguit perquè siga emés un informe:

CONSULTA NÚM. 1. SOBRE LA DURACIÓ D'UN CONTRACTE DE PRESTACIÓ DE SERVICIS

El text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat mitjançant el Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, modificat per la Llei 14/2013, d'ara en avant TRLCSP, en l'article 303 és del tenor literal següent:

"Article 303. Duració

1. Els contractes de servicis no podran tindre un termini de vigència superior a quatre anys amb les condicions i límits establits en les respectives normes pressupostàries de les administracions públiques, si bé es podrà preveure en el mateix contracte la seua pròrroga per mutu acord de les parts abans de la finalització d'aquell, sempre que la duració total del contracte, incloses les pròrrogues, no excedisca de sis anys, i que les pròrrogues no superen, aïlladament o conjuntament, el termini fixat originàriament. La celebració de contractes de servicis de duració superior a l'assenyalada podrà ser autoritzada excepcionalment pel Consell de Ministres o per l'òrgan autonòmic competent de forma singular, per a contractes determinats, o de forma genèrica, per a certes categories.

Des del Departament de Contractació d'este ajuntament s'interpreta que tots els contractes de prestació de servicis i subministraments han de tindre com a mínim una duració de quatre anys i un màxim de sis incloses les pròrrogues.

a) És esta interpretació correcta o el dit article el que indica és un màxim però no un mínim de duració del contracte? Per exemple, els contractes que es realitzen per a la Cavalcada de Reis, o per a l'Escola d'Estiu per a facilitar la conciliació familiar, o els focs artificials en diferents festivitats ..., en este ajuntament, s'han realitzat fins ara una vegada a l'any i pel temps que dura l'activitat en eixe any, i des del Departament de Contractació s'indica que ha de fer-se com a mínim per quatre anys, cada un d'estos, atés que considera que s'està incorrent en periodicitat i fraccionament.

CONSULTA NÚM. 2. CÀLCUL DEL VALOR ESTIMAT DELS CONTRACTES

Per a estipular el valor d'un contracte, d'acord amb l'article 88 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, que és del tenor literal següent:

"Article 88. Càlcul del valor estimat dels contractes

1. A tots els efectes que preveu esta llei, el valor estimat dels contractes estarà determinat per l'import total, sense incloure l'Impost sobre el Valor Afegit, pagador segons les estimacions de l'òrgan de contractació. En el càlcul de l'import total estimat, s'hauran de tindre en compte qualsevol forma d'opció eventual i les eventuais pròrrogues del contracte."

a) Si la retribució del contracte consistix en l'abonament de la totalitat de les entrades venudes d'un espectacle, atés que l'Ajuntament no ha de pagar cap import, l'abonament de les entrades venudes es considera preu del contracte?

CONSULTA NÚM. 3. CONTRACTES D'ESPECTACLES

Hi ha espectacles que es contracten "a taquilla", tenint com a contraprestació al servici oferit l'abonament de la totalitat de les entrades venudes de l'esmentat esdeveniment, sense cap contraprestació econòmica per a l'Ajuntament:

a) Se suposa un gasto pressupostari i, per això, ha de ser fiscalitzat per Intervenció?

b) Al no haver-hi retenció econòmica a càrrec dels pressupostos de l'Ajuntament, se'ls ha de retindre fiança com a garantia?

c) Al no haver-hi retenció econòmica a càrrec dels pressupostos de l'Ajuntament, se'ls ha d'aplicar l'article 170.d) del TRLCSP?, que és del tenor literal següent:

"Article 170. Supòsits generals

En els termes que s'establixen per a cada tipus de contracte en els articles següents, els contractes que realitzen les administracions públiques podran adjudicar-se per mitjà de procediment negociat en els casos següents:



d) Quan, per raons tècniques o artístiques o per motius relacionats amb la protecció de drets d'exclusiva el contracte només puga encomanar-se a un empresari determinat."

CONSULTA NÚM. 4. CONTRACTES AMB ASSOCIACIONS CULTURALS I ONG

Hi ha associacions culturals i ONG de la ciutat que organitzen diversos espectacles al llarg de l'any, espectacles que d'un any per a l'altre varien sensiblement.

a) Se'ls ha d'aplicar l'article 88 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, per a no infringir el que disposa l'art. 88.5.b) ?, que és del tenor literal següent:

"Article 88. Càlcul del valor estimat dels contractes

1. A tots els efectes que preveu esta llei, el valor estimat dels contractes vindrà determinat per l'import total, sense incloure l'Impost sobre el Valor Afegit, pagador segons les estimacions de l'òrgan de contractació. En el càlcul de l'import total estimat, s'hauran de tindre en compte qualsevol forma d'opció eventual i les eventuais pròrrogues del contracte.

5. En els contractes de subministrament o de servicis que tinguen un caràcter de periodicitat, o de contractes que s'hagen de renovar en un període de temps determinat, es prendrà com a base per al càlcul del valor estimat del contracte alguna de les quantitats següents:

a) El valor real total dels contractes successius semblants adjudicats durant l'exercici precedent o durant els dotze mesos previs, ajustat, quan siga possible, en funció dels canvis de quantitat o valor previstos per als dotze mesos posteriors al contracte inicial.

b) El valor estimat total dels contractes successius adjudicats durant els dotze mesos següents a la primera entrega o en el transcurs de l'exercici, si este fóra superior a dotze mesos. L'elecció del mètode per a calcular el valor estimat no podrà efectuar-se amb la intenció de sostraure el contracte a l'aplicació de les normes d'adjudicació que corresponguen."

CONSULTA NÚM. 5. INSTITUT DE CULTURA JOAQUÍN CHAPAPRIETA

En l'Ajuntament de Torreveja es troba l'Institut de Cultura Joaquín Chapaprieta, que té pressupost propi.

Les programacions de l'Institut de Cultura Joaquín Chapaprieta es realitzen de forma trimestral i són aprovades per la seua Junta Rectora.

Des del Departament de Contractació de l'Ajuntament s'indica que la contractació d'una mateixa activitat cultural (actuacions artístiques, concerts...) en diferents anys suposa incórrer en fraccionament i periodicitat.

a) Com es poden preveure les activitats culturals futures si la programació cultural de l'Institut de Cultura s'aprova per la seua Junta Rectora trimestralment?

b) S'incorre en fraccionament i periodicitat, tenint en compte que la Junta Rectora de l'Institut de Cultura Joaquín Chapaprieta aprova la seua programació trimestralment, si l'any 2013 es contracta l'actuació d'una orquestra per a una actuació i l'any 2014 es torna a contractar la mateixa orquestra per a una altra actuació diferent?

CONSULTA NÚM. 6.

Des de l'Ajuntament es realitzen contractes amb mitjans de comunicació per a promocionar en diferents dates i activitats la nostra ciutat.

a) Pot considerar-se que hi ha fraccionament i periodicitat si es realitzen de manera esporàdica amb diferents mitjans de comunicació i corresponen a promocions publicitàries autònomes?

CONSULTA NÚM. 7. ELS CONTRACTES MIXTOS. RÈGIM JURÍDIC DEL TRLCSP I INTERPRETACIÓ D'ACORD AMB LA DIRECTIVA 2004/18/CE, DEL PARLAMENT EUROPEU I DEL CONSELL, DE 31 DE MARÇ DE 2004

En l'Ajuntament de Torrevieja s'està preparant el plec tècnic per a la recollida de residus sòlids urbans i transport a abocador del terme municipal de Torrevieja. La remuneració a l'adjudicatari serà en funció de les tones recollides. Es fixa en el plec tècnic esmentat el mínim de personal per a prestar el servei, i també un màxim de tones per les quals es pagarà; a partir d'eixe màxim l'empresa adjudicatària assumix la diferència.

a) Es pot considerar la naturalesa jurídica d'este contracte com un contracte de gestió de servicis també anomenat concessió?

En l'Ajuntament de Torrevieja s'està preparant el plec tècnic per a la "CONTRACTACIÓ DE LA NETEJA VIÀRIA I NETEJA DE LA COSTA DEL TERME MUNICIPAL DE TORREVIEJA". Del plec de prescripcions tècniques es desprén, a criteri del Departament de Contractació, que la naturalesa jurídica és la de prestació de servicis.

En el cas d'unificar ambdós contractes en "RECOLLIDA DE RESIDUS SÒLIDS URBANS I TRANSPORT A ABOCADOR, NETEJA VIÀRIA I DE LA COSTA DEL TERME MUNICIPAL DE TORREVIEJA", la determinació del règim jurídic aplicable als contractes mixtos, quant a la seua adjudicació, la realitza l'article 12 TRLCSP, que disposa que quan un contracte continga prestacions corresponents a altre o altres de distinta classe caldrà ajustar-se en tot cas, per a la determinació de les normes que han d'observar-se en la seua adjudicació, al caràcter de la prestació que tinga més importància des del punt de vista econòmic.

Però al seu torn, la jurisprudència del TJUE manté, de conformitat amb la Directiva 2004/18/CE, que cal ajustar-se a l'«objecte principal» del contracte, per a determinar el règim jurídic de la seua adjudicació.

a) L'article 12 del TRLCSP ha de ser interpretat o «reinterpretat», i aplicat, a la llum de la Directiva 2004/18/CE i de les pautes jurisprudencials del TJUE; en aplicació del principi de primacia del dret comunitari sobre el dret nacional?



b) En cas afirmatiu a la pregunta anterior, poden unificar-se ambdós servicis en un únic contracte de gestió de servicis, a pesar que l'import del contracte de "NETEJA VIÀRIA I NETEJA DE LA COSTA DEL TERME MUNICIPAL DE TORREVIEJA siga major que el de "RECOLLIDA DE RESIDUS SÒLIDS URBANS I TRANSPORT A ABOCADOR"?

CONSULTA NÚM. 8 [PER ERROR FIGURA COM 7]. CONTRACTES FINANÇATS AMB SUBVENCIONS

L'Ajuntament de Torrevieja està prestant el servei per a la prevenció comunitària de conductes addictives des de fa diversos anys. Esta prestació es realitza amb una subvenció de la Conselleria que finança el 100 per cent. La dita subvenció es convoca amb caràcter anual i amb duració anual. El tècnic considera que hi ha periodicitat al realitzar cada any un contracte per a la prestació d'este servei, coincidint amb la concessió de la subvenció a este ajuntament, per la qual cosa proposa que es realitze un procediment de contractació obert. El qual té més duració que la subvenció concedida.

a) Es pot realitzar un contracte administratiu, que es realitza basant-se en la concessió d'una subvenció, per un període superior al que indica la subvenció?

b) Es pot considerar que hi ha periodicitat, com indica la tècnica, per a no infringir el que disposa l'article 88 del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre?

Torrevieja, 8 d'octubre de 2014

Alcalde president de l'Ajuntament de Torrevieja"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

En primer terme, hem d'indicar que no és funció d'esta junta ni objecte dels seus informes resoldre possibles discrepàncies entre unitats administratives o servicis de les entitats públiques que poden formular consultes. Així mateix, tampoc és missió d'esta junta aconsellar sobre la programació, necessitat i idoneïtat dels contractes que celebre qualsevol Administració o ens del sector públic. No obstant això, atés que les múltiples qüestions formulades per l'Ajuntament en la seua consulta es referixen també a aspectes de la contractació la interpretació dels quals conforme a la legislació de contractes del sector públic sí que té interès general per als gestors i òrgans de contractació, el present informe atindrà aquells que són competència d'esta junta com a òrgan consultiu en esta matèria sense entrar en altres que l'excedixen.

1. Sobre la duració d'un contracte de servicis

Els contractes de servicis tenen una duració determinada fixada per l'òrgan de contractació en els plecs de clàusules administratives. La duració del contracte estarà en funció de les necessitats per al compliment i realització dels seus fins institucionals. A este efecte, la naturalesa i extensió de les necessitats que pretenen cobrir-se per mitjà del contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per a satisfer-les, han de ser determinades amb precisió, i deixar constància d'això en la documentació preparatòria, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seua adjudicació. Així ho disposa l'article 22 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSF d'ara en avant).

En el cas dels contractes de servicis, la seua duració no podrà superar inicialment els quatre anys, i es podrà preveure la seua pròrroga per un termini que no supere l'inicial i sense que excedisca de sis anys l'inicial més les pròrrogues, tot això de conformitat amb l'article 303 del TRLCSF, amb l'excepció dels servicis de defensa jurídica i judicial de l'Administració. Evidentment, el precepte estableix límits màxims, no mínims. Respectant eixos límits màxims, l'òrgan de contractació ha

d'ajustar-se al que preveu l'article 23 de l'esmentat text legal, que indica que la duració dels contractes del sector públic haurà d'establir-se tenint en compte la naturalesa de les prestacions, les característiques del seu finançament i la necessitat de sotmetre periòdicament a concurrència la realització d'estes.

Les activitats que menciona l'Ajuntament consultant són, almenys en part, activitats corresponents a la categoria 26 de l'annex II del TRLCSP, i tenen la consideració de contractes privats, si bé fins a la seua adjudicació es regixen per la normativa sobre contractació pública.

Estima esta junta que tals activitats i els contractes que es necessiten poden ser objecte de programació anual i la seua duració podrà comprendre el període de la concreta execució de les prestacions que constitueixen el seu objecte, que podrà ser coincident amb la duració de les activitats a realitzar. Ara bé, en la seua contractació hauran de seguir-se els principis bàsics de la contractació pública enumerats en l'article 1 del TRLCSP, així com de les normes aplicables en funció del procediment d'adjudicació que siga procedent pel seu import i característiques.

La duració d'un contracte no és referència que servisca de base, per si sola, per a considerar que hi ha hagut un fraccionament indegut del seu objecte pel simple fet que la necessitat que origina la contractació es repetisca anualment o periòdicament. L'article 86 del TRLCSP estableix clarament que el fraccionament tindrà lloc quan l'objecte del contracte, que ha de ser determinat, es fraccione per a eludir la quantia d'este i evitar la publicitat. No pareix que la celebració anual i pel període que tinga lloc la prestació dels contractes de servicis indicats tinga cap relació amb el fraccionament de l'objecte del contracte, sempre que en la seua adjudicació s'hagen seguit en funció de la seua quantia els procediments regulats en el TRLCSP per a la seua adjudicació i, per tant, s'hagen respectat els principis bàsics de la contractació.

En un altre orde de coses cal indicar que en el text de la consulta pareix relacionar-se la duració dels contractes de subministraments amb els contractes de servicis. Res més lluny de la regulació legal que l'article 303 s'aplique als contractes de subministraments. Estos contractes, excepte en el cas dels acords marc i la seua contractació derivada i del procediment negociat sense publicitat per als supòsits de la lletra c de l'article 173 del TRLCSP, no tenen prevista una duració determinada. Això esdevé perquè en la immensa majoria dels casos els contractes de subministrament són contractes de resultat que es perfeccionen amb l'entrega del bé. En els contractes de tracte successiu, quant a la seua duració caldrà ajustar-se al que disposa el mencionat article 23 del TRLCSP.

2. Càlcul del valor estimat dels contractes

Dos observacions del tenor literal de la consulta. La primera és que no ha d'oblidar-se que, en el càlcul del valor estimat dels contractes, s'ha de tindre en compte l'import de les modificacions previstes. Així, l'article 88.1 del TRLCSP, en el seu tercer paràgraf, indica: "En el cas que, de conformitat amb allò que disposa l'article 106, s'haja previst en els plecs o en l'anunci de licitació la possibilitat que el contracte siga modificat, es considerarà valor estimat del contracte l'import màxim que este puga abastar, tenint en compte la totalitat de les modificacions previstes."

En segon terme, no s'ha de confondre el valor estimat del contracte amb el preu, ni de bon tros confondre preu del contracte amb el possible cànon o participació en ingressos que puga percebre



l'Ajuntament. Tal com es desprén de l'article 87 del TRLCSP, el preu del contracte és la retribució que percebrà el contractista, i és indiferent que el seu pagament provinga de la pròpia entitat contractant o de tercers en virtut dels drets que el contracte atorga al contractista, com succeïx en el cas objecte de consulta relatiu a espectacles, que vinculen el preu en funció dels ingressos de taquilla, o com succeïx també en els tipus concessionals en què la retribució al concessionari es troba en funció de tarifes a pagar pels usuaris. És molt important tindre en compte este aspecte del preu i evitar també que es consignen com a preu del contracte els possibles ingressos de l'entitat, per cessió d'espais o altres "cànon".

Així mateix, ha de distingir-se el preu del contracte del pressupost de licitació, únicament regulat, este últim, en el Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, vigent en el que no s'opose al TRLCSP, per al contracte d'obres. En síntesi i partint de la base del concepte, podríem dir que el pressupost de licitació és el màxim import total del contracte, sense incloure-hi l'Impost del Valor Afegit, per les prestacions i el termini d'execució inicialment previstos. No forma part del pressupost de licitació les possibles pròrrogues ni l'import de les, així mateix possibles, modificacions.

En el supòsit sotmés a consulta, seria necessari fer el càlcul del pressupost de licitació estimativament i podrien prendre's en consideració aspectes com el preu d'entrada, les sessions diàries d'espectacle i l'aforament del local. Estaríem davant d'un pressupost orientatiu útil als efectes de determinar els seus requisits de publicitat i de procediment, perquè el verdader preu del contracte, la retribució al contractista, se sabria al finalitzar el termini d'execució. Per eixe mateix motiu i sense perjudi d'això, pot donar-se, també, que la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa haja de tindre en compte, més que la seua quantia, la forma en què eixe preu es determinarà i, si és el cas, el cànon a percebre per l'Ajuntament o la seua participació en els ingressos de taquilla que genere l'activitat.

3. Contractes d'espectacles

L'article 109 del TRLCSP estableix que a l'expedient de contractació haurà d'incorporar-se el certificat d'existència de crèdit o document que legalment el substituïska, i la fiscalització prèvia de la Intervenció, si és el cas, en els termes que preveu la Llei 47/2003, de 26 de novembre.

En este punt volem fer una observació que creiem necessària i és la relativa a la forma de satisfer el contractista el preu del contracte. Serà el plec de clàusules administratives el que fixarà estos aspectes i poden donar-se almenys dos supòsits. El primer, en què s'encomane al mateix contractista la recaptació dels ingressos de taquilla o vinculats a l'activitat i pagats per tercers. En estos casos l'Ajuntament es reservaria la facultat de control, que s'exerciria en la forma establida en el plec esmentat. Una altra opció estaria determinada perquè l'import d'allò que s'ha recaptat en taquilla s'ingressarà per l'Ajuntament i este lliurara al contractista el pagament del preu en la forma establida.

En qualsevol cas és necessària la regulació en els plecs de la forma de determinar i procedir al pagament de la retribució al contractista, i és possible que, segons la forma de pagament del preu, no s'originen operacions de caràcter pressupostari als efectes de fiscalització.

Respecte de la constitució de garantia, no hi distingix l'Ajuntament consultant i hem d'entendre que es tracta de la definitiva. El fet que la retribució al contractista provinga de la venda d'entrades

no és obstacle per a la seua constitució, ja que la garantia definitiva té com a finalitat, de conformitat amb l'article 100 del TRLCSP, respondre dels conceptes següents:

a) De les penalitats imposades al contractista de conformitat amb l'article 212.

b) De la correcta execució de les prestacions previstes en el contracte, dels gastos originats a l'Administració per la demora del contractista en el compliment de les seues obligacions, i dels danys i perjuís ocasionats a esta amb motiu de l'execució del contracte o pel seu incompliment, quan no pertoque la seua resolució.

c) De la confiscació que pot decretar-se en els casos de resolució del contracte, d'acord amb el que en este o en esta llei estiga establert.

En conseqüència, pot establir-se l'obligatorietat de constituir una garantia definitiva de la mateixa manera que en qualssevol altres contractes de servicis, i servirà de base per a la seua fixació l'import d'adjudicació o, a falta d'això, el pressupost base de licitació.

En ultima instància, qüestiona l'Ajuntament la necessitat d'acudir al procediment negociat ressenyat en l'article 170.d) del TRLCSP, que determina l'ús del procediment esmentat per raons tècniques o artístiques o per motius d'exclusivitat, de manera que la prestació només pugua encomanar-se a un únic contractista. No té res a veure la forma de retribució al contractista amb la utilització d'un procediment en què la clau d'este és que només un contractista pot satisfer la prestació, sent-ne una excepcionalment als principis de publicitat i lliure concurrència.

4. Contractes amb associacions culturals i ONG

Realment no s'encerta a comprendre l'objecte de la consulta. Abans que res, cal indicar que el fet de la participació d'associacions culturals o organitzacions no governamentals com a licitadors en un procediment d'adjudicació no suposa cap excepció a l'aplicació dels preceptes legals en matèria de contractació pública. Respecte al valor estimat dels contractes, cal ajustar-se, excepte en la contractació menor determinada per la seua quantia, al que preveu la legislació de contractes, i el seu càlcul es realitzarà d'acord amb els criteris previstos per a això, sense que tinga cap rellevància que puguen ser associacions culturals o ONG les persones jurídiques contractades.

5. Institut de Cultura Joaquín Chapaprieta

La consulta formulada en este apartat ha sigut ja resposta al tractar el fraccionament dels contractes en la consulta número 1:

"Estima esta junta que tals activitats i els contractes que es necessiten poden ser objecte de programació anual i la seua duració podrà comprendre el període de la concreta execució de les prestacions que constitueixen el seu objecte, que podrà ser coincident amb la duració de les activitats a realitzar. Ara bé, en la seua contractació hauran de seguir-se els principis bàsics de la contractació pública enumerats en l'article 1 del TRLCSP, així com de les normes aplicables en funció del procediment d'adjudicació que resulte aplicable pel seu import i característiques.

L'article 86 del TRLCSP estableix clarament que el fraccionament tindrà lloc quan l'objecte del contracte, que ha de ser determinat, es fraccione per a eludir la quantia d'este i evitar la publicitat. No pareix que la celebració anual i pel període que tinga lloc la prestació dels contractes de servicis indicats tinga cap relació amb el fraccionament de l'objecte del contracte sempre que en la seua adjudicació s'hagen seguit en funció de la seua quantia els procediments regulats en el TRLCSP i, per tant, s'hagen respectat els principis bàsics de la contractació.

És tot el que esta junta pot informar en este apartat. Respecte d'altres qüestions, excedix de les facultats i funcions d'este òrgan.

6. Contractes amb mitjans de comunicació

Igual que esta Junta, també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració General de l'Estat, en el seu Informe 69/08, de 31 de març de 2009, indica que la prohibició de fraccionar l'objecte dels contractes del sector públic està dirigida fonamentalment a evitar que a través d'esta s'eludisca l'aplicació de certes normes l'exigibilitat de les quals depén del valor estimat del contracte.

En relació amb això, entén l'esmentada junta que el primer requisit que ha de complir-se perquè es pugua parlar de fraccionament del contracte és que existisca una unitat operativa o substancial entre les diferents prestacions (o parts de prestacions), de manera que no podran contractar-se per separat prestacions que s'integren en un sol objecte per raó de la seua mateixa naturalesa o perquè considerades conjuntament servixen a la funcionalitat de la prestació contractual, que no podria aconseguir-se si no hi concorregueren totes estes.

La idea fonamental, així doncs, que ha de regir la possibilitat o no de contractar separatament prestacions que guarden alguna relació entre si haurà de ser la idea de si constituïxen una unitat operativa o funcional, és a dir, si són elements inseparables per a l'èxit d'una mateixa finalitat o si són imprescindibles per al funcionament correcte d'allò que es pretén aconseguir per mitjà de la celebració del contracte.

En definitiva, la fugida conscient de l'aplicació dels principis de la contractació pública és la pedra angular de les actuacions disconformes amb les normes i la legalitat vigent.

Respecte a la programació dels contractes, com indica el TRLCSP, els ens, organismes i entitats del sector públic no podran celebrar altres contractes que aquells que siguen necessaris per al compliment i realització dels seus fins institucionals. A este efecte, la naturalesa i extensió de les necessitats que pretenen cobrir-se per mitjà del contracte projectat, així com la idoneïtat del seu objecte i contingut per a satisfer-les, han de ser determinades amb precisió, i s'ha de deixar constància d'això en la documentació preparatòria, abans d'iniciar el procediment encaminat a la seua adjudicació.

L'Ajuntament consultant ha de qüestionar-se si eixes activitats amb mitjans de comunicació poden ser adequadament programades i, basant-se en esta programació, i el seu pressupost, acudir al procediment d'adjudicació legalment previst per a això. S'ha de tindre en compte, a més, el particular sistema de preus i avantatges econòmics establert entre agències de publicitat i mitjans de comunicació, per mitjà del qual, tant unes insercions publicitàries aïllades com l'execució de tot un pla de difusió en mitjans d'una campanya, poden ser menys costoses i solen ser-ho si es

contracten a través d'una agència en compte de fer-ho directament al mitjà o mitjans de comunicació.

7. Contracte de concessió de servicis versus contracte de servicis. Els contractes mixtos. Règim jurídic del TRLCSP i interpretació d'acord amb la Directiva 2004/18/CE

Respecte a la primera de la qüestions que formula la consulta, dels seus concisos termes i sense conèixer els plecs que regixen la contractació, únicament podem indicar que esta junta ja ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre esta matèria.

En l'Informe 4/2011, de 22 de novembre, en resposta a la consulta relativa a la paralització per l'Ajuntament d'Almoradí del procediment d'adjudicació del contracte per a la gestió indirecta per mitjà de concessió del servici públic de recollida, transport i eliminació de residus urbans i de neteja viària d'este municipi, ja destaquem que quan la retribució al contractista prové del mateix ajuntament i no esdevé de l'explotació del servici sotmés a la incertesa de la demanda i dels preus de mercat, sinó de la prestació d'un servici públic obligatori a usuaris determinats i sense competència, i quan no hi ha, per tant, risc inherent a l'explotació, havíem d'afirmar sense vacil·lacions que es tracta d'un contracte de servicis en el sentit de la normativa comunitària i, com no pot ser d'una altra forma, de la mateixa LCSP.



Cal portar a col·lació també la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, citada en el dit informe, on es fixen criteris per a la distinció entre contractes públics de servicis i concessions. En particular, en la Sentència de 10 de març de 2011, dictada en l'Assumpte C-274/09, s'indica:

1. És necessari comprovar així mateix si el mode de remuneració acordat consistix en el dret del prestador a explotar un servici i implica que este assumix el risc d'explotació del servici en qüestió. Si bé este risc pot ser certament molt limitat des del primer moment, la qualificació de concessió de servicis requereix no obstant això que l'entitat adjudicadora transferisca al concessionari la totalitat o, almenys, una part significativa del risc que corre.

2. El risc d'explotació econòmica del servici ha d'entendre's com el risc d'exposició a les incerteses del mercat que pot traduir-se en el risc d'enfrontar-se a la competència d'altres operadors, el risc d'un desajust entre l'oferta i la demanda dels servicis, el risc d'insolvència dels deutors dels preus pels servicis prestats, el risc que els ingressos no cobrisquen íntegrament els gastos d'explotació o inclús el risc de responsabilitat per un perjudici causat per una irregularitat en la prestació del servici.

3. En canvi, riscos com els vinculats a una mala gestió o a errors d'apreciació de l'operador econòmic no són determinants als efectes de qualificar un contracte com a contracte públic o com a concessió de servicis, ja que tals riscos, en efecte, són inherents a qualsevol contracte, ja es tracte d'un contracte públic de servicis o d'una concessió de servicis.

Per la seua banda, l'Informe 4/2012, de 9 de maig de 2012, indicava: "Des de l'entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, esta junta ja s'ha pronunciat en diferents ocasions sobre la impossibilitat legal d'utilitzar la figura contractual de la concessió en aquelles contractacions que, d'una banda, tenen per objecte prestacions de servicis definides en l'article 10 de la LCSP i compreses en el seu annex II, i simultàniament, d'una altra, les

contraprestacions a percebre pel contractista no s'ajusten, com és el cas que ens ocupa, al que disposa l'article 257 del LCSP [actual 281 del TRLCSP] per als contractes de gestió de servicis públics, el qual estableix que tals contraprestacions inclouran, per a fer efectiu el seu dret a l'explotació del servici objecte del contracte, una retribució fixada en funció de la seua utilització que es percebrà directament dels usuaris o de la mateixa Administració."

En este sentit, la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, indica en el seu article 5 que ens trobem davant d'una concessió de servicis si es donen les notes següents:

1. Que es tracte d'un contracte a títol onerós.
2. Comprén la prestació i la gestió de servicis diferents de l'execució de les obres.
3. La contrapartida és bé el dret a explotar els servicis objecte del contracte únicament, o bé este mateix dret en conjunció amb un pagament.
4. L'adjudicació de les concessions de servicis implicarà la transferència al concessionari d'un risc operacional en l'explotació de les obres o servicis i comprendrà el risc de demanda o el de subministrament, o ambdós. Es considerarà que el concessionari assumix un risc operacional quan no estiga garantit que, en condicions normals de funcionament, recupere les inversions realitzades ni cobrisca els costos que haja contret per a explotar les obres o els servicis que siguen objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposarà una exposició real a les incerteses del mercat que implique que qualsevol pèrdua potencial estimada en què incórrega el concessionari no és merament nominal o menyspreable.

En conseqüència, és possible plantejar-se un contracte de gestió de servicis públics, en la modalitat de concessió, sempre que es donen les notes característiques anteriors i, de conformitat amb el que disposa l'article 281 del TRLCSP, la contraprestació del contractista per a fer efectiu el seu dret a l'explotació del servici estiga fixada en funció de la seua utilització, com succeïx si la retribució es fixa per tona arreplegada i es tenen en compte tots els rendiments que poden derivar-se del servici, inclosos si és el cas els de l'aprofitament dels residus objecte de recollida selectiva.

Quant a la segona qüestió plantejada en esta consulta, relativa als contractes mixtos, el TRLCSP, en l'article 12, indica que quan un contracte continga prestacions corresponents a un altre o altres de distinta classe caldrà ajustar-se en tot cas, per a la determinació de les normes que han d'observar-se en la seua adjudicació, al caràcter de la prestació que tinga més importància des del punt de vista econòmic. Respecte a les normes que regixen l'execució dels contractes mixtos cal remetre's a l'article 115, que al regular els plecs de clàusules administratives particulars estableix en el seu apartat 2 que *"En el cas de contractes mixtos, es detallarà el règim jurídic aplicable als seus efectes, compliment i extinció, atenent les normes aplicables a les diferents prestacions fusionades en estos."*

La Directiva 2004/18/CE regula de manera distinta els contractes mixtos a com ho fa el TRLCSP i atén el major valor econòmic per a la prevalença de les normes del contracte de subministrament en el cas de contractes mixtos de servicis i subministraments. En canvi, quan es tracta de contractes mixtos de subministraments i obra, la Directiva 2004/18/CE aplica la regla de l'objecte

principal del contracte amb independència de la quantia de l'import de la prestació. En este sentit la Directiva 2004/18/CE contempla expressament l'existència de contractes mixtos de subministraments i obres en l'article 1.2.c); segons este precepte:

«Són “contractes públics de subministrament” els contractes públics diferents dels previstos en la lletra b) l'objecte dels quals siga la compra de productes, el seu arrendament financer, el seu arrendament o la seua venda a terminis, amb opció de compra o sense. Un contracte públic l'objecte del qual siga el subministrament de productes i, de forma accessòria, obres de col·locació i instal·lació es considerarà un contracte públic de subministrament.»

En el cas que el contracte continga elements propis d'un contracte d'obres i elements propis d'altres tipus de contracte la jurisprudència comunitària ha indicat que ha d'ajustar-se a l'objecte principal. Cal tenir en compte si estes constituïxen l'objecte principal o són merament accessòries per a qualificar o no el contracte com a contracte d'obres (vegeu la STJUE de 21 de febrer de 2008 en l'Assumpte C-412/04, la STJUE de 18 de gener de 2007 en l'Assumpte C-220/05 i la STJUE de 19 d'abril de 1995, en l'Assumpte C-331/92).



La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, del Parlament Europeu i del Consell, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, en període de transposició, en el seu article 3 indica que els contractes que tinguen per objecte dos o més tipus de contractació (obres, servicis o subministraments) s'adjudicaran d'acord amb les disposicions aplicables al tipus de contractació que caracteritze l'objecte principal del contracte en qüestió. Si bé en el seu article 2, apartat 8, al referir-se als contractes de subministrament disposa que “els contractes públics l'objecte dels quals siga la compra, l'arrendament financer, l'arrendament o la venda a terminis, amb opció o sense de compra, de productes. Un contracte públic de subministrament podrà incloure, de forma accessòria, operacions de col·locació i instal·lació.”

Per la seua banda, la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, així mateix en període de transposició, en l'article 20.1 estableix que les concessions l'objecte de les quals siguen tant obres com servicis s'adjudicaran d'acord amb les disposicions aplicables al tipus de concessió predominant en l'objecte principal del contracte.

Per tant, de tot això es desprén que, en el cas que ens trobem, si es tractara d'un contracte mixt de gestió de servicis públics i de servicis, no havent-hi criteri aplicable diferent del del TRLCSP, s'hauria d'atendre a la prestació de major importància econòmica per a determinar el règim a què haja d'ajustar-se l'adjudicació, i quant a la seua execució, al que disposa l'esmentat article 115 del TRLCSP.

També cal tindre en compte que, en el cas anterior, si s'adjudicava com un contracte de servicis que al seu torn conté prestacions de distintes classes, com són la neteja viària i la recollida de residus, pot efectuar-se dividint el seu objecte en lots homogenis de manera que es facilite una més eficient utilització dels recursos públics al permetre la concurrència a tots o només a algun dels lots i, en conseqüència, fent que, si resulta un únic adjudicatari, això es dega al fet que ha formulat l'oferta més avantatjosa a ambdós lots i no que s'ha restringit la llibertat d'accés a la licitació exigint d'entrada que cada licitador haja de fer oferta a la totalitat del contracte. Respecte a esta qüestió esta junta ja es va pronunciar en el seu Informe 4/2013, de 29 de juliol, a què ens

remetem.

8. Contractes finançats amb subvencions

La primera qüestió que hem de plantejar-nos és la que al·ludix a la periodicitat. Sobre este punt ja hem indicat que els contractes han de tindre la duració que siga necessària per a assolir els objectius pretesos, sense que es puga plantejar-se més qüestions respecte d'això, excepte aquella que supose limitar la duració del contracte deliberadament per a extraure'l del sotmetiment als principis de publicitat, transparència i lliure concurrència. El TRLCSP és clar respecte d'això en l'article 23: sense perjudi de les normes especials aplicables a determinats contractes, la duració dels contractes del sector públic haurà d'establir-se tenint en compte la naturalesa de les prestacions, les característiques del seu finançament i la necessitat de sotmetre periòdicament a concurrència la realització d'estes.

En el cas que es planteja hi ha un dubte que no pot dilucidar-se del text de la consulta de l'Ajuntament de Torreveieja, i és si la duració anual a què al·ludix és per a la realització d'activitats en el termini esmentat. No obstant això, entenem que l'Ajuntament podrà fer un contracte per període superior a un any, però amb càrrec a la subvenció concedida podrà justificar l'existència de crèdit adequat i suficient per al primer any i, respecte dels següents anys de vigència del contracte, caldria establir el sotmetiment del contracte a una condició suspensiva com és la d'obtenció de la subvenció, atès que els contractes no poden ser sotmesos a una condició d'esta índole (article 2.1 del Reglament general de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre), cosa per la qual en qualsevol cas l'execució del contracte, o la seua resolució anticipada, haurà de sufragar-se amb càrrec al pressupost municipal independentment de la concessió o no de la subvenció a què es referix la consulta.

El present informe s'emeta 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

Vist i plau
EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a Orde
d'11 de juny de 2001, DOGV 17.07.2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA en data 17 de
febrer de 2015.

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA