



GENERALITAT
VALENCIANA

CONTRATACIÓ DE SERVICIS
ADMINISTRACIÓ PÚBLICA

JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5-1ª Planta
46001 VALENCIA
Tel. 961922109

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 10/2014

INFORME 10/2014 DE 17 DE FEBRERO DE 2015. DURACIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CÁLCULO DEL VALOR ESTIMADO DE LOS CONTRATOS. CONTRATOS DE ESPECTÁCULOS. CONTRATOS CON ASOCIACIONES CULTURALES Y ONGs. CONTRATOS CON MEDIOS DE COMUNICACIÓN. CONTRATOS MIXTOS. CONTRATOS FINANCIADOS CON SUBVENCIONES.

ANTECEDENTES

En fecha 10 de octubre de 2014, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento de Torreveja al amparo del artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, con el siguiente tenor literal

“El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torreveja formula, ante la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat como órgano consultivo y asesor en materia de contratación, el siguiente escrito de consulta sobre los siguientes extremos para que sea emitido informe:

CONSULTA N°1. SOBRE LA DURACIÓN DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, modificado por la Ley 14/2013, en adelante TRLCSP, en su Artículo 303 es del siguiente tenor literal:

"Artículo 303. Duración

1. Los contratos de servicios no podrán tener un plazo de vigencia superior a cuatro años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las Administraciones Públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, siempre que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, no exceda de seis años, y que las prórrogas no superen, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente. La celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos

determinados, o de forma genérica, para ciertas categorías.

Desde el departamento de Contratación de este Ayuntamiento se interpreta que todos los contratos de prestación de servicios y suministros deben tener como mínimo una duración de cuatro años y un máximo de seis incluidas las prórrogas.

a) ¿Es esta interpretación correcta o dicho artículo lo que indica es un máximo pero no un mínimo de duración del contrato? Por ejemplo, los contratos que se realizan para la Cabalgata de Reyes, o para la Escuela de Verano para facilitar la conciliación familiar, o los fuegos artificiales en diferentes festividades, ..., en este ayuntamiento, se han realizado hasta ahora una vez al año y por el tiempo que dura la actividad en ese año, y desde el departamento de Contratación se indica que debe hacerse como mínimo por cuatro años, cada uno de ellos, dado que considera que se está incurriendo en periodicidad y fraccionamiento.

CONSULTA N°2. CÁLCULO DEL VALOR ESTIMADO DE LOS CONTRATOS.

Para estipular el valor de un contrato, con arreglo al artículo 88 del R. D. L. 3/2011 de 14 de noviembre de 2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 88. Cálculo del valor estimado de los contratos.

1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato."

a) Si la retribución del contrato consiste en el abono de la totalidad de las entradas vendidas de un espectáculo, dado que el Ayuntamiento no tiene que pagar ningún importe: ¿El abono de las entradas vendidas se considera precio del contrato?

CONSULTA N°3. CONTRATOS DE ESPECTÁCULOS.

Hay espectáculos que se contratan "a taquilla", teniendo como contraprestación al servicio ofertado el abono de la totalidad de las entradas vendidas del citado evento, sin ninguna contraprestación económica para el Ayuntamiento:

a) ¿Se supone un gasto presupuestario y, por ello, debe ser fiscalizado por Intervención?

b) Al no haber retención económica a cargo de los presupuestos del Ayuntamiento ¿Se les debe retener fianza como garantía?

c) Al no haber retención económica a cargo de los presupuestos del Ayuntamiento ¿Se les debe aplicar el artículo 170.d) del TRLCSP? que es del siguiente tenor literal.

"Artículo 170. Supuestos generales.

En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los



contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento

negociado en los siguientes casos:

d) 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. "

CONSULTA N°4. CONTRATOS CON ASOCIACIONES CULTURALES Y ONGs.

Hay asociaciones culturales y ONGs de la ciudad que organizan diversos espectáculos a lo largo del año, espectáculos que de un año para otro varían sensiblemente.

a) ¿Se les debe aplicar el artículo 88 del R. D. L. 3/2011 de 14 de noviembre de 2011 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para no infringir lo dispuesto en el art. 88.5.b) ? que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 88. Cálculo del valor estimado de los contratos.

1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

5. En los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

a) El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.

b) El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si éste fuera superior a doce meses. La elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan."

CONSULTA N°5. INSTITUTO DE CULTURA JOAQUÍN CHAPAPRIETA

En el Ayuntamiento de Torrevieja existe el Instituto de Cultura Joaquín Chapaprieta, el cual tiene presupuesto propio.

Las Programaciones del Instituto de Cultura Joaquín Chapaprieta se realizan de forma trimestral y son aprobadas por su Junta Rectora.

Desde el departamento de Contratación del Ayuntamiento se indica que la contratación de una misma actividad cultural, (actuaciones artísticas, conciertos,...), en diferentes años supone incurrir en fraccionamiento y periodicidad.

a)¿Cómo se pueden prever las actividades culturales futuras si la programación cultural del Instituto de Cultura se aprueba por su Junta rectora Trimestralmente?

b) ¿Se incurre en fraccionamiento y periodicidad, teniendo en cuenta que la Junta rectora del Instituto de Cultura Joaquín Chapaprieta aprueba su programación trimestralmente, si en el año 2013 se contrata la actuación de una orquesta para una actuación y en el año 2014 se vuelve a contratar a la misma orquesta para otra actuación diferente?

CONSULTA N°6.

Desde el Ayuntamiento se realizan contratos con medios de comunicación para promocionar en diferentes fechas y actividades nuestra ciudad.

a) ¿Puede considerarse que existe fraccionamiento y periodicidad si se realizan de manera esporádica con diferentes medios de comunicación y corresponden a promociones publicitarias autónomas?

CONSULTA N°7. LOS CONTRATOS MIXTOS. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRLCSP E INTERPRETACIÓN CONFORME A LA DIRECTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 31 DE MARZO DE 2004.

En el Ayuntamiento de Torre Vieja se está preparando el pliego Técnico para la "RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA". La remuneración al adjudicatario será en función de las toneladas recogidas. Se fija en dicho pliego técnico el mínimo de personal para prestar el servicio, y también un máximo de toneladas por las que se pagará, a partir de ese máximo la empresa adjudicataria asume la diferencia.

a) Se puede considerar la naturaleza jurídica de dicho contrato como un contrato de gestión de servicios también llamado concesión?

En el Ayuntamiento de Torre Vieja se está preparando el pliego Técnico para la "CONTRATACIÓN LIMPIEZA VIARIA Y LIMPIEZA DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA". Del Pliego de Prescripciones Técnicas se desprende, a criterio del departamento de Contratación, que la naturaleza jurídica es la de prestación de servicios.

En el caso de unificar ambos contratos en " RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO, LIMPIEZA VIARIA Y DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA", la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos, en cuanto a su adjudicación, la realiza el artículo 12 TRLCSP, al disponer que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Pero a su vez, la jurisprudencia del TJUE mantiene, conforme Directiva 2004/18/CE, ha de estarse al «objeto principal» del contrato, para determinar el régimen jurídico de su adjudicación.

a) El artículo 12 del TRLCSP, ¿debe ser interpretado o «reinterpretado», y aplicado, a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de las pautas jurisprudenciales del TJUE; en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional?

b) En caso afirmativo a la pregunta anterior ¿Pueden unificarse ambos servicios en un único



contrato de gestión de servicios, a pesar de que el importe del contrato de "LIMPIEZA VIARIA Y LIMPIEZA DE LA COSTA DEL TÉRMINO MUNICIPAL DE TORREVIEJA sea mayor que el de

"RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y TRANSPORTE A VERTEDERO"?

CONSULTA N°8[POR ERROR FIGURA COMO 7]. CONTRATOS FINANCIADOS CON SUBVENCIONES.

El Ayuntamiento de Torrevieja está prestando el servicio para la Prevención Comunitaria de Conductas Adictivas desde hace varios años. Esta prestación se realiza con una subvención de la Conselleria que financia el 100%. Dicha subvención se convoca con carácter anual y con duración de la misma anual. El técnico considera que existe periodicidad al realizar cada año un contrato para la prestación de este servicio, coincidiendo con la concesión de la subvención a este ayuntamiento, por lo que propone que se realice un procedimiento de contratación abierto. El cual tiene más duración que la subvención concedida.

a) ¿ Se puede realizar un contrato administrativo, que se realiza en base a la concesión de una subvención, por un periodo superior al que indica la subvención?

b) ¿Se puede considerar que existe periodicidad como indica la técnico para no infringir lo dispuesto en el art. 88 del R.D.L. 3/2011 de 14 de noviembre?

En Torrevieja a 8 de octubre de 2014

Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Torrevieja"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer término, hemos de indicar que no es función de esta Junta ni objeto de sus informes resolver posibles discrepancias entre unidades administrativas o servicios de las entidades públicas que pueden formular consultas. Asimismo, tampoco es misión de esta Junta aconsejar sobre la programación, necesidad, idoneidad de los contratos que celebre cualquier Administración o ente del sector público. Ello no obstante, dado que las múltiples cuestiones formuladas por el Ayuntamiento en su consulta se refieren también a aspectos de la contratación cuya interpretación conforme a la legislación de contratos del Sector Público sí tiene interés general para los gestores y órganos de contratación, el presente informe atenderá a aquellos que son competencia de esta Junta como órgano consultivo en esta materia sin entrar en otros que la exceden.

1.- Sobre la duración de un contrato de servicios.

Los contratos de servicios tiene una duración determinada fijada por el órgano de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas. La duración del contrato estará en función de las necesidades para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Así lo dispone el artículo 22 del Texto

Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre (TRLCSF en adelante).

En el caso de los contratos de servicios, su duración no podrá superar inicialmente los 4 años, pudiéndose prever su prórroga por un plazo que no supere el inicial y sin que exceda de seis años el inicial más las prórrogas, todo ello de conformidad con el art. 303 del TRLCSF, con la salvedad de los servicios de defensa jurídica y judicial de la Administración. Evidentemente, el precepto establece límites máximos, no mínimos. Respetando esos límites máximos, el órgano de contratación ha de estar a lo previsto en el art. 23 del citado texto legal que indica que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

Las actividades que menciona el Ayuntamiento consultante son, al menos en parte, actividades correspondientes a la categoría 26 del Anexo II del TRLCSF, y tienen la consideración de contratos privados, si bien hasta su adjudicación se rigen por la normativa sobre contratación pública.

Estima esta Junta que tales actividades y los contratos que se precisen pueden ser objeto de programación anual y su duración podrá comprender el período de la concreta ejecución de las prestaciones que constituyan su objeto, que podrá ser coincidente con la duración de las actividades a realizar. Ahora bien, en su contratación deberán seguirse los principios básicos de la contratación pública enumerados en el art. 1 del TRLCSF, así como de las normas aplicables en función del procedimiento de adjudicación que resulte procedente por su importe y características.

La duración de un contrato no es referencia que sirva de base, por sí sola, para considerar que ha habido un fraccionamiento indebido de su objeto por el simple hecho de que la necesidad que origina la contratación se repita anual o periódicamente. El art. 86 del TRLCSF establece claramente que el fraccionamiento tendrá lugar cuando el objeto del contrato, que debe ser determinado, se fraccione para eludir la cuantía del mismo y evitar la publicidad. No parece que la celebración anual y por el período que tenga lugar la prestación de los contratos de servicios indicados tenga relación alguna con el fraccionamiento del objeto del contrato, siempre y cuando en su adjudicación se hayan seguido en función de su cuantía los procedimientos regulados en el TRLCSF para su adjudicación y, por ende, se hayan respetado los principios básicos de la contratación.

En otro orden de cosas hay que indicar que en el texto de la consulta parece relacionarse la duración de los contratos de suministros con los contratos de servicios. Nada más lejos de la regulación legal que el art. 303 se aplique a los contratos de suministros. Estos contratos, salvo en el caso de los Acuerdos marco y su contratación derivada y del procedimiento negociado sin publicidad para los supuestos de la letra c del art. 173 del TRLCSF, no tienen prevista una duración determinada. Ello deviene porque en la inmensa mayoría de los casos, los contratos de suministro son contratos de resultado que se perfeccionan con la entrega del bien. En los contratos de tracto sucesivo, en cuanto a su duración habrá que estarse a lo dispuesto en el mencionado art. 23 del TRLCSF.

2.- Cálculo del valor estimado de los contratos.



Dos observaciones del tenor literal de la consulta. La primera es que no debe olvidarse que, en el

cálculo del valor estimado de los contratos, ha de tenerse en cuenta el importe de las modificaciones previstas. Así el artículo 88.1 del TRLCSP, en su tercer párrafo, indica : “En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.”

En segundo término, no se debe confundir el valor estimado del contrato con el precio, ni mucho menos confundir precio del contrato con el posible canon o participación en ingresos que pueda percibir el Ayuntamiento. Tal y como se desprende del artículo 87 del TRLCSP, el precio del contrato es la retribución que percibirá el contratista, siendo indiferente que su pago provenga de la propia entidad contratante o de terceros en virtud de los derechos que el contrato otorga al contratista, como sucede en el caso objeto de consulta relativo a espectáculos, que vinculan el precio en función de los ingresos de taquilla, o como sucede también en los tipos concesionales en los que la retribución al concesionario se encuentra en función de tarifas a pagar por los usuarios. Es muy importante tener en cuenta este aspecto del precio y evitar también que se consignen como precio del contrato los posibles ingresos de la entidad, por cesión de espacios u otros “cánones”.

Asimismo, debe distinguirse el precio del contrato del presupuesto de licitación, únicamente regulado, este último, en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en lo que no se oponga al TRLCSP, para el contrato de obras. En síntesis y partiendo de la base del concepto, podríamos decir que el presupuesto de licitación es el máximo importe total del contrato, sin incluir el impuesto del valor añadido, por las prestaciones y el plazo de ejecución inicialmente previstos. No forma parte del presupuesto de licitación las posibles prórrogas ni el importe de las, asimismo posibles, modificaciones.

En el supuesto sometido a consulta, sería necesario hacer el cálculo del presupuesto de licitación estimativamente y podrían tomarse en consideración aspectos como el precio de entrada, las sesiones diarias de espectáculo y el aforo del local. Estaríamos ante un presupuesto orientativo útil a efectos de determinar sus requisitos de publicidad y de procedimiento, pues el verdadero precio del contrato, la retribución al contratista, se sabría al finalizar el plazo de ejecución. Por ese mismo motivo y sin perjuicio de ello, puede darse, también, que la selección de la oferta económicamente más ventajosa deba tener en cuenta, más que su cuantía, la forma en la que ese precio se determinará y, en su caso, el canon a percibir por el Ayuntamiento o su participación en los ingresos de taquilla que genere la actividad.

3.- Contratos de espectáculos

El artículo 109 del TRLCSP establece que al expediente de contratación deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, y la fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.

En este punto queremos hacer una observación que creemos necesaria y es la relativa a la forma de satisfacer al contratista el precio del contrato. Será el pliego de cláusulas administrativas el que fijará estos extremos y pueden darse al menos dos supuestos. El primero en el que se encomiende al propio contratista la recaudación de los ingresos de taquilla o vinculados a la actividad y pagados por terceros. En estos casos el Ayuntamiento se reservaría la facultad de control, que se ejercitaría en la forma establecida en el citado pliego. Otra opción vendría determinada porque el importe de lo recaudado en taquilla se ingresará por el Ayuntamiento y éste librará al contratista el pago del precio en la forma establecida.

En cualquier caso es necesaria la regulación en los pliegos de la forma de determinar y proceder al pago de la retribución al contratista, siendo posible que. Según la forma de pago del precio, no se originen operaciones de carácter presupuestario a efectos de fiscalización.

Respecto de la constitución de garantía, no distingue el Ayuntamiento consultante y debemos entender que se trata de la definitiva. El hecho de que la retribución al contratista provenga de la venta de entradas no es óbice para su constitución ya que la garantía definitiva tiene como finalidad, de conformidad con el art. 100 del TRLCSP, responder de los conceptos siguientes:

- a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.
- b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.

En consecuencia, puede establecerse la obligatoriedad de constituir una garantía definitiva de igual forma que en cualesquiera otros contratos de servicios, sirviendo de base para su fijación el importe de adjudicación o, en su defecto, el presupuesto base de licitación.

En última instancia, cuestiona el Ayuntamiento la necesidad de acudir al procedimiento negociado reseñado en el art 170 d) del TRLCSP que determina el uso de dicho procedimiento por razones técnicas o artísticas o por motivos de exclusividad, de forma que la prestación solo pueda encomendarse a un único contratista. Nada tiene que ver la forma de retribución al contratista con la utilización de un procedimiento en el que la clave del mismo es que solamente un contratista puede satisfacer la prestación, siendo una excepcionalmente a los principios de publicidad y libre concurrencia.

4.- Contratos con Asociaciones Culturales y ONG.

Realmente no se acierta a comprender el objeto de la consulta. Ante todo, hay que indicar que el hecho de la participación de asociaciones culturales u organizaciones no gubernamentales como licitadores en un procedimiento de adjudicación no supone ninguna excepción a la aplicación de



los preceptos legales en materia de contratación pública. Respecto al valor estimado de los

contratos, se estará -salvo en la contratación menor determinada por su cuantía- a lo previsto en la legislación de contratos y su cálculo se realizará conforme a los criterios previstos para ello, sin que tenga ninguna relevancia el que puedan ser asociaciones culturales u ONG's las personas jurídicas contratadas.

5. Instituto de Cultura 'Joaquín Chapaprieta'.

La consulta formulada en este apartado ha sido ya respondida al tratar el fraccionamiento de los contratos en la consulta número 1:

“Estima esta Junta que tales actividades y los contratos que se precisen pueden ser objeto de programación anual y su duración podrá comprender el período de la concreta ejecución de las prestaciones que constituyan su objeto, que podrá ser coincidente con la duración de las actividades a realizar. Ahora bien, en su contratación deberán seguirse los principios básicos de la contratación pública enumerados en el art. 1 del TRLCSP, así como de las normas aplicables en función del procedimiento de adjudicación que resulte aplicable por su importe y características.

El art. 86 del TRLCSP establece claramente que el fraccionamiento tendrá lugar cuando el objeto del contrato, que debe ser determinado, se fraccione para eludir la cuantía del mismo y evitar la publicidad. No parece que la celebración anual y por el periodo que tenga lugar la prestación de los contratos de servicios indicados tenga relación alguna con el fraccionamiento del objeto del contrato siempre y cuando en su adjudicación se hayan seguido en función de su cuantía los procedimientos regulados en el TRLCSP y, por ende, se hayan respetado los principios básicos de la contratación.

Es todo cuanto esta Junta puede informar en este apartado. Respecto de otras cuestiones excede de las facultades y funciones de este órgano.

6. Contratos con medios de comunicación

Al igual que esta Junta, también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en su Informe 69/08, de 31 de marzo de 2009, indica que la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato.

En relación con ello, entiende la citada Junta que el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones), de forma que no podrán contratarse por separado prestaciones que se integren en un solo objeto por razón de su propia naturaleza o porque consideradas conjuntamente sirven a la funcionalidad de la prestación contractual, que no podría lograrse si no concurrieran todas ellas.

La idea fundamental, así pues, que debe regir la posibilidad o no de contratar separadamente prestaciones que guarden alguna relación entre sí deberá ser la idea de si constituyen una unidad operativa o funcional, es decir, si son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

En definitiva, la huida consciente de la aplicación de los principios de la contratación pública es la piedra angular de las actuaciones disconformes con las normas y la legalidad vigente.

Respecto a la programación de los contratos, como indica el TRLCSP, los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

El Ayuntamiento consultante debe cuestionarse si esas actividades con medios de comunicación pueden ser adecuadamente programadas y en base a esta programación, y su presupuesto, acudir al procedimiento de adjudicación legalmente previsto para ello. Debe tenerse en cuenta, además, el particular sistema de precios y ventajas económicas establecido entre agencias de publicidad y medios de comunicación, mediante el cual, tanto unas inserciones publicitarias aisladas como la ejecución de todo un plan de difusión en medios de una campaña, pueden ser menos costosas y suelen serlo si se contratan a través de una agencia en lugar de hacerlo directamente al medio o medios de comunicación.

7. Contrato de concesión de servicios versus contrato de servicios. Los Contratos Mixtos. Régimen Jurídico del TRLCSP e interpretación conforme a la Directiva 2004/18/CE.

Respecto a la primera de las cuestiones que formula la consulta, de sus escuetos términos y sin conocer los pliegos que rigen la contratación, únicamente podemos indicar que esta Junta ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia.

En el Informe 4/2011, de 22 de noviembre, en respuesta a la consulta relativa a la paralización por el Ayuntamiento de Almoradí del procedimiento de adjudicación del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos y de limpieza viaria de dicho municipio, ya destacamos que cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y no deviene de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debíamos afirmar sin vacilaciones que se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia LCSP.

Hay que traer a colación también la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, citada en dicho Informe, donde se fijan criterios para la distinción entre contratos públicos de servicios y concesiones. En particular, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el



asunto C-274/09, se indica:

1.- *Es preciso comprobar asimismo si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.*

2.- *El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.*

3.- *En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.*

Por su parte el Informe 4/2012, de 9 de mayo de 2012 indicaba: "Desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Junta ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la imposibilidad legal de utilizar la figura contractual de la concesión en aquellas contrataciones que, por una parte, tienen por objeto prestaciones de servicios definidas en el artículo 10 de la LCSP y comprendidas en su Anexo II y simultáneamente, por otra, las contraprestaciones a percibir por el contratista no se ajustan, como es el caso que nos ocupa, a lo dispuesto en el artículo 257 del LCSP [actual 281 del TRLCSP] para los contratos de gestión de servicios públicos, el cual establece que tales contraprestaciones incluirán, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio objeto del contrato, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración."

En este sentido, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión indica en su art. 5 que nos encontramos ante una concesión de servicios si se dan las siguientes notas:

- 1.- Que se trate de un contrato a título oneroso
- 2.- Comprende la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras
- 3.- La contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago
- 4.- La adjudicación de las concesiones de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las

inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

En consecuencia, es posible plantearse un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, siempre que se den las notas características anteriores y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 281 del TRLCSP, la contraprestación del contratista para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio esté fijada en función de su utilización, como sucede si la retribución se fija por tonelada recogida y se tienen en cuenta todos los rendimientos que pueden derivarse del servicio, incluidos en su caso los del aprovechamiento de los residuos objeto de recogida selectiva.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en esta consulta, relativa a los contratos mixtos, el TRLCSP, en su artículo 12, indica que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. Respecto a las normas que rigen la ejecución de los contratos mixtos hay que remitirse al art. 115 que al regular los pliegos de cláusulas administrativas particulares establece en su apartado 2. que. *“ En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”*

La Directiva 2004/18/CE, regula de manera distinta los contratos mixtos a como lo hace el TRLCSP y atiende al mayor valor económico para la prevalencia de las normas del contrato de suministro en el caso de contratos mixtos de servicios y suministros. En cambio, cuando se trata de contratos mixtos de suministros y obra, la Directiva 2004/18/CE aplica la regla del objeto principal del contrato con independencia de la cuantía del importe de la prestación. En este sentido la Directiva 2004/18/CE contempla expresamente la existencia de contratos mixtos de suministros y obras en el artículo 1.2.c); según este precepto:

«Son “contratos públicos de suministro” los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra. Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un contrato público de suministro.»

En el caso de que el contrato contenga elementos propios de un contrato de obras y elementos propios de otros tipos de contrato la Jurisprudencia comunitaria ha indicado que ha de estarse al objeto principal. Teniendo en cuenta si estas constituyen el objeto principal o son meramente accesorias para calificar o no el contrato como contrato de obras (vid. STJUE de 21 de febrero de 2008 en el Asunto C-412/04, la STJUE de 18 de enero de 2007 en el Asunto C-220/05 y la STJUE de 19 de abril de 1995, en el asunto C-331/92)

La Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en período de transposición,



en su art. 3 indica que los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación (obras, servicios o suministros) se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión. Si bien en su art. 2 apartado 8 al referirse a los contratos de suministro dispone que “los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación.”

Por su parte la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, asimismo en periodo de transposición, en su artículo 20. 1 establece que las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.

Por tanto, de todo ello se desprende que, en el caso que nos encontramos, si se tratara de un contrato mixto de gestión de servicios públicos y de servicios, no habiendo criterio aplicable distinto al del TRLCSP, se debería atender a la prestación de mayor importancia económica para determinar el régimen al que deba ajustarse la adjudicación y en cuanto a su ejecución, a lo dispuesto en el citado artículo 115 del TRLCSP.

También hay que tener en cuenta que, en el caso anterior, si se adjudicara como un contrato de servicios que a su vez contiene prestaciones de distintas clases, como son la limpieza viaria y la recogida de residuos, puede efectuarse dividiendo su objeto en lotes homogéneos de forma que se facilite una más eficiente utilización de los recursos públicos al permitir la concurrencia a todos o a solo alguno de los lotes y, en consecuencia, haciendo que, si resulta un único adjudicatario, ello se deba a que ha formulado la oferta más ventajosa a ambos lotes y no a que se ha restringido la libertad de acceso a la licitación exigiendo de entrada que cada licitador tenga que ofertar a la totalidad del contrato. Respecto a esta cuestión esta Junta ya se pronunció en su Informe 4/2013, de 29 de julio, al que nos remitimos.

8. Contratos financiados con subvenciones

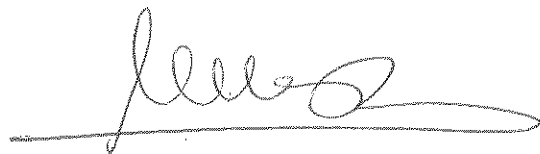
La primera cuestión que debemos plantearnos es la que alude a la periodicidad. Sobre este punto ya hemos indicado que los contratos deben tener la duración que sea necesaria para alcanzar los objetivos pretendidos, sin que quepa plantearse más cuestiones al respecto, salvo aquella que suponga limitar la duración del contrato deliberadamente para extraerlo del sometimiento los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia. El TRLCSP es claro al respecto en su artículo 23: Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

En el caso que se plantea existe una duda que no puede dilucidarse del texto de la consulta del Ayuntamiento de Torre Vieja y es si la duración anual a la que alude es para la realización de actividades en dicho plazo. No obstante, entendemos que el Ayuntamiento podrá hacer un contrato por periodo superior a un año, pero con cargo a la subvención concedida podrá justificar

la existencia de crédito adecuado y suficiente para el primer año y, respecto de los siguientes años de vigencia del contrato, habría que establecer el sometimiento del contrato a una condición suspensiva cual es la de obtención de la subvención, siendo que los contratos no pueden ser sometidos a una condición de esta índole (artículo 2.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), por lo que en cualquier caso la ejecución del contrato -o su resolución anticipada- deberá sufragarse con cargo al presupuesto municipal independientemente de la concesión o no de la subvención a la que se refiere la consulta.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA



Margarita Vento Torres

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 17 de
febrero de 2015.