

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 3/2018

INFORME 3/2018 DE 15 DE JUNIO 2018 . LÍMITES A LA ACUMULACIÓN DE PRESTACIONES DE DIFERENTE NATURALEZA EN UN ÚNICO CONTRATO.

ANTECEDENTES

En fecha 20 de marzo de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament d'Agost, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Consell venimos a realizarle la siguiente consulta en materia de contratación administrativa.

El Ajuntament d'Agost en la actualidad presta el servicio de abastecimiento de agua potable a través de un contrato de gestión de servicio público, mediante la fórmula de concesión que vence el 31 de diciembre de 2018. Al tiempo, el servicio de saneamiento se presta directamente a través de los medios propios del Ayuntamiento.

Con ocasión del vencimiento de la concesión de abastecimiento de agua potable, el Ayuntamiento tiene intención de contratar tanto este servicio como el de saneamiento, a ser posible conjuntamente.

En este sentido, les consultamos si el Ayuntamiento puede licitar sin limitación mediante un único procedimiento de contratación y conjuntamente las dos prestaciones (abastecimiento de agua potable y saneamiento de aguas residuales) para que se pueda adjudicar a un mismo licitador o si bien sería aplicable la disposición adicional tercera. 11 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que establece cuanto sigue:

“Los Municipios de población inferior a 20.000 habitantes podrán licitar contratos no sujetos a regulación armonizada de concesión de servicios que se refieran a la gestión de dos o más servicios públicos diferentes siempre y cuando la anualidad media del contrato no supere los 200.000 euros, y el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión en base a la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios. En todo caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares precisará el ámbito funcional y territorial del contrato de concesión de servicios.”

En caso de que esta disposición sea de aplicación y no pudiera realizarse conjuntamente la licitación de ambos servicios, querríamos conocer si es posible realizar la concesión mediante lotes y con la posibilidad de presentación de oferta integrada en los términos del artículo 99.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta formulada por el Ayuntamiento plantea un duda razonable sobre los límites a la acumulación de prestaciones de diferente naturaleza en un único contrato, en este caso, además, tratándose de prestaciones que merecen una diferente consideración en cuanto al tipo de contrato que puede serles de aplicación.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, e incluso antes de la publicación de las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE y del fin del plazo para su incorporación al ordenamiento jurídico español, esta Junta, al igual que parte de la jurisprudencia y otros órganos consultivos, ya se había pronunciado en más de una ocasión en favor de la interpretación de que, considerando conjuntamente las directivas europeas entonces en vigor y la normativa española, para que unas determinadas prestaciones sean susceptibles de ser encomendadas a un operador económico en régimen de concesión, es requisito necesario que tales prestaciones sean susceptibles de explotación económica privada sometida al riesgo inherente a esa forma de explotación, de forma que la retribución del concesionario (y su beneficio) dependa significativamente de la utilización por los usuarios de los servicios objeto de concesión, independientemente de que el precio por esa utilización lo abonen directamente los usuarios o la Administración.

Actualmente, la Ley 9/2017, incorporando los preceptos recogidos en la Directiva 2014/23/UE, amplía ese criterio y comienza por establecer en su artículo 15 lo siguiente:

Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Respecto al riesgo operacional, el apartado 4 del artículo 14 de la Ley señala que dicho riesgo abarca tanto el riesgo de demanda como el de suministro, entendiéndose por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y, además, dispone expresamente el siguiente requisito para que tal circunstancia pueda considerarse acreditada:

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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.

Los artículos 284 y 285 de la Ley amplían esta configuración del contrato de concesión de servicios, el primero, definiendo su ámbito de aplicación y reiterando el requisito de que los servicios objeto de concesión sean susceptibles de explotación económica por particulares y, el segundo, recordando que el riesgo operacional corresponde al concesionario pero estableciendo, entre otras normas, la obligación de que la tramitación del expediente vaya precedida de un estudio de viabilidad de dicha explotación, este



último con la novedad de que tendrá carácter vinculante para la Administración cuando concluya negativamente, lo que significa que no podrá utilizarse este tipo contractual si, en el plazo de concesión previsto, no existen posibilidades de que en condiciones normales los ingresos obtenidos por la explotación del servicio puedan cubrir los costes que dicha explotación origina, incluida la amortización de las inversiones a las que, en su caso, se obligue el concesionario en virtud del contrato.

Finalmente, el artículo 289 completa los aspectos esenciales de carácter económico del contrato de concesión de servicios y establece que las contraprestaciones económicas, en forma de tarifas, deberán incluir, para hacer efectivo el derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Por tanto, en el supuesto sometido a consulta por el Ayuntamiento de Agost, resulta necesario destacar en primer lugar la diferente consideración que merecen los dos servicios que la corporación se plantea prestar reunidos en un solo contrato: mientras que el abastecimiento de agua potable, sometido a tarifas reguladas y aprobadas por la Administración, es un servicio susceptible de ser prestado en régimen de concesión al ser posible transferir al concesionario tanto el riesgo de demanda como el de suministro, el servicio de mantenimiento de la red de saneamiento, en cambio, no parece que pueda ser retribuido en función de la utilización de dicho servicio por los usuarios ni que pueda transferirse el riesgo inherente a una explotación privada. Mientras que en el primero las tarifas que han de pagar los usuarios ha de autorizarlas la Administración y la retribución del concesionario puede depender significativamente del consumo de agua efectuado por los abonados, así como del precio y volumen del agua en alta y de la buena gestión y mantenimiento de la red de distribución para evitar fugas, en el servicio de saneamiento resulta muy difícil o imposible establecer unas condiciones análogas que aseguren la existencia de ese riesgo operacional que, a su vez, justificaría la utilización de la concesión en lugar del contrato de servicios, que es el que en caso contrario procedería.

Para que pudiera ser objeto de concesión el servicio municipal de saneamiento dedicado a la evacuación, tratamiento y depuración de aguas y vertidos residuales, así como al mantenimiento o renovación de las infraestructuras, deberían existir redes separadas de evacuación de aguas pluviales y de aguas residuales urbanas y, en el caso de estas últimas, debería poderse medir y tratar separadamente las de origen doméstico y las de origen industrial o análogo, todo ello para que pudiera establecerse un sistema de tarifas adecuado a los diferentes usos que, al mismo tiempo, permita que la retribución del concesionario dependa significativamente de la utilización por los distintos usuarios de tales infraestructuras y de los servicios de saneamiento, es decir, dependa del volumen y de las necesidades de tratamiento y depuración de las aguas residuales generadas por los usuarios y, aun así, el mantenimiento de la red de alcantarillado en vías públicas y de evacuación de aguas pluviales quedaría fuera de ese sistema de retribución.

En consecuencia, la pretensión de reunir en un solo contrato las prestaciones para ambos servicios nos lleva al caso más probable de que unas, las de abastecimiento de agua potable, deban prestarse en régimen de concesión y otras, las del servicio de saneamiento, de acuerdo con las normas propias del contrato de servicios. Dicha reunión en un sólo contrato, si pudiera justificarse objetivamente, nos situaría ante un contrato mixto de los previstos en el artículo 18 de la Ley 9/2017, que sólo podría llevarse a cabo en el supuesto de que se cumpla lo dispuesto en el artículo 34.2 de la misma Ley:

Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad

contratante.

Aunque excede al presente informe valorar la concurrencia de los requisitos anteriores al carecer de suficientes elementos de juicio para ello, del propio texto de la consulta se desprende que no parece probable ni resultará fácilmente justificable que se dé necesaria u obligatoriamente una vinculación directa y una complementariedad objetiva entre las prestaciones relativas al mantenimiento de la red de saneamiento del municipio y las correspondientes a la explotación del servicio de abastecimiento de agua potable, todo ello de una forma tal que suprima o afecte a la conveniencia de licitar por lotes o contratos independientes dichas prestaciones y que impida la posibilidad de adjudicarlos bien a dos empresas o bien a una que hubiera licitado a ambos lotes o contratos y resultado más ventajosa en ambos.

Por otra parte, entre las normas generales que regulan actualmente la contratación del sector público, el artículo 99.3 de la Ley dispone que *siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes* y que el órgano de contratación solo podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los contratos de concesión de obras. Por tanto, con la salvedad de este último tipo de contrato, la Ley establece de forma general la obligación de licitar por lotes las prestaciones que puedan realizarse independientemente sin vincular tal precepto a tipos de contrato determinados y sin excluir de dicha norma los contratos de concesión de servicios.

Además, la licitación por lotes no impide ni excluye necesariamente que un mismo licitador pueda resultar adjudicatario de más de un lote o de todos ellos si su oferta en la más ventajosa en cada uno de los que presenta candidatura o en el conjunto de lotes a los que licita. Si se licitara por lotes la contratación de los servicios objeto de la consulta formulada por el Ayuntamiento, el artículo 99.5 establece las reglas que deberían seguirse para que pudieran ambos adjudicarse a una misma empresa:

Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que esta posibilidad se hubiere establecido en el pliego que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.

b) Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.

c) Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

d) Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

Por lo demás, si se excluye la posibilidad de adjudicar ambos servicios por lotes independientes y si, como se plantea en la consulta, el municipio de Agost y la anualidad del contrato se encuentran en el supuesto previsto en el número 11 de la disposición adicional tercera de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, entonces le sería de aplicación lo dispuesto en esta norma, que exige justificar la decisión de adjudicar ambos servicios en un único contrato de concesión en base a la necesidad objetiva de proceder



a su gestión unificada, pero ello sin perjuicio de que, como hemos expuesto en el presente informe, las condiciones de la contratación deban cumplir los requisitos necesarios para la utilización de la figura contractual de la concesión.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, para que la gestión de un servicio de competencia municipal pueda ser objeto de concesión es necesario que dicho servicio sea susceptible de explotación económica por un particular, que al menos una parte significativa de la contraprestación que perciba el concesionario para hacer efectivo su derecho a la explotación esté en función de la utilización del servicio por los usuarios y que exista un riesgo operacional inherente a la misma debido a la incertidumbre de la demanda real de dicho servicio, de los suministros necesarios para su prestación o de ambos.

2. A los contratos de concesión de servicios, o mixtos de concesión de servicios y de servicios, que comprendan partes o servicios distintos susceptibles de realización independiente, les es de aplicación la obligación general de licitar y, en su caso, contratar por lotes las prestaciones de diferente naturaleza, sin perjuicio de que se establezca la posibilidad de adjudicación a una oferta integradora cuando se cumplan los restantes requisitos establecidos en el artículo 99.5 de la Ley 9/2017, de contratos del Sector Público.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no 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

Vº Bº LA PRESIDENTA

SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 15 de junio de 2018