

Junta Superior de Contractació Administrativa  
C/ Palau, 12 -3ª planta  
46001 VALÈNCIA  
Tel.: 961 613072  
Correu: [secretària Jsca@gva.es](mailto:secretària Jsca@gva.es)

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

## **INFORME 3/2018 DE 15 DE JUNY 2018 . LÍMITS A L'ACUMULACIÓ DE PRESTACIONS DE DIFERENT NATURALSA EN UN ÚNIC CONTRACTE.**

### **ANTECEDENTS**

En data 20 de març de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe del Ajuntament d'Agost, mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

“D'acord amb l'article 3 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Consell venim a realitzar-li la següent consulta en matèria de contractació administrativa.

L'Ajuntament d'Agost en l'actualitat presta el servei de proveïment d'aigua potable a través d'un contracte de gestió de servei públic, mitjançant la fórmula de concessió que venç el 31 de desembre de 2018. Al temps, el servei de sanejament es presta directament a través dels mitjans propis de l'Ajuntament.

En ocasió del venciment de la concessió de proveïment d'aigua potable, l'Ajuntament té intenció de contractar tant aquest servei com el de sanejament, si pot ser conjuntament.

En aquest sentit, els consultem si l'Ajuntament pot licitar sense limitació mitjançant un únic procediment de contractació i conjuntament les dues prestacions (proveïment d'aigua potable i sanejament d'aigües residuals) perquè es pugui adjudicar a un mateix licitador o si bé seria aplicable la disposició adicional tercera. 11 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre que estableix el següent:

“Els Municipis de població inferior a 20.000 habitants podran licitar contractes no subjectes a regulació harmonitzada de concessió de serveis que es referisquen a la gestió de dos o més serveis públics diferents sempre que l'anualitat mitjana del contracte no supere els 200.000 euros, i l'òrgan de contractació justifique en l'expedient de contractació aquesta decisió sobre la base de la necessitat objectiva de procedir a la gestió unificada d'aquests serveis. En tot cas, el plec de clàusules administratives particulars precisarà l'àmbit funcional i territorial del contracte de concessió de serveis.”

En cas que aquesta disposició siga aplicable i no poguera realitzar-se conjuntament la licitació de tots dos serveis, voldríem conèixer si és possible realitzar la concessió mitjançant lots i amb la possibilitat de presentació d'oferta integrada en els termes de l'article 99.5 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre.”

### **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

La consulta formulada per l'Ajuntament planteja un dubte raonable sobre els límits a l'acumulació de prestacions de diferent naturalesa en un únic contracte, en aquest cas, a més, tractant-se de prestacions que mereixen una diferent consideració quant al tipus de contracte que pot ser-los aplicable.

Abans de l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, i fins i tot abans de la publicació de les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE i de la fi del termini per a la seua incorporació a l'ordenament jurídic espanyol, aquesta Junta, igual que part de la jurisprudència i altres òrgans consultius, ja s'havia pronunciat en més d'una ocasió en favor de la interpretació que, considerant conjuntament les directives europees llavors en vigor i la normativa espanyola, perquè unes determinades prestacions siguin susceptibles de ser encomanades a un operador econòmic en règim de concessió, és requisit necessari que tals prestacions siguin susceptibles d'explotació econòmica privada sotmesa al risc inherent a aqueixa forma d'explotació, de manera que la retribució del concessionari (i el seu benefici) depenga significativament de la utilització pels usuaris dels serveis objecte de concessió, independentment que el preu per aqueixa utilització ho abonon directament els usuaris o l'Administració.

Actualment, la Llei 9/2017, incorporant els preceptes recollits en la Directiva 2014/23/UE, àmplia aqueix criteri i comença per establir en el seu article 15 el següent:

*Article 15. Contracte de concessió de serveis.*

*1. El contracte de concessió de serveis és aquell en la virtut dels quals un o diversos poders adjudicadors encomanen a títol oneros a una o diverses persones, naturals o jurídiques, la gestió d'un servei la prestació del qual siga de la seua titularitat o competència, i la contrapartida de la qual vinga constituïda bé pel dret a explotar els serveis objecte del contracte o bé per dit dret acompanyat del de percebre un preu.*

*2. El dret d'explotació dels serveis implicarà la transferència al concessionari del risc operacional, en els termes assenyalats en l'apartat quart de l'article anterior.*

Respecte al risc operacional, l'apartat 4 de l'article 14 de la Llei assenjala que aquest risc abasta tant el risc de demanda com el de subministrament, entenent per risc de demanda el que es deu a la demanda real de les obres o serveis objecte del contracte i, a més, disposa expressament el següent requisit perquè tal circumstància pugui considerar-se acreditada:

*Es considerarà que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estiga garantit que, en condicions normals de funcionament, aquest vaja a recuperar les inversions realitzades ni a cobrir els costos en què haguera incorregut com a conseqüència de l'explotació de les obres que siguin objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar una exposició real a les incerteses del mercat que implique que qualsevol pèrdua potencial estimada que incórrega el concessionari no és merament nominal o menyspreable.*

Els articles 284 i 285 de la Llei amplien aquesta configuració del contracte de concessió de serveis, el primer, definint el seu àmbit d'aplicació i reiterant el requisit que els serveis objecte de concessió siguin susceptibles d'explotació econòmica per particulars i, el segon, recordant que el risc operacional correspon al concessionari però establint, entre altres normes, l'obligació que la tramitació de l'expedient vaja precedida d'un estudi de viabilitat d'aquesta explotació, aquest últim amb la novetat que tindrà caràcter vinculant per a l'Administració quan concloga negativament, la qual cosa significa que no podrà utilitzar-se aquest tipus contractual si, en el termini de concessió previst, no existeixen possibilitats que en condicions normals els ingressos obtinguts per l'explotació del servei puguin cobrir els costos que aquesta explotació origina, inclosa l'amortització de les inversions a les quals, si escau, s'obligue el



concessionari en virtut del contracte.

Finalment, l'article 289 completa els aspectes essencials de caràcter econòmic del contracte de concessió de serveis i estableix que les contraprestacions econòmiques, en forma de tarifes, hauran d'incloure, per a fer efectiu el dret a l'explotació del servei, una retribució fixada en funció de la seua utilització que es percebrà directament dels usuaris o de la pròpia Administració.

Per tant, en el supòsit sotmés a consulta per l'Ajuntament d'Agost, resulta necessari destacar en primer lloc la diferent consideració que mereixen els dos serveis que la corporació es planteja prestar reunits en un sol contracte: mentre que el proveïment d'aigua potable, sotmés a tarifes regulades i aprovades per l'Administració, és un servei susceptible de ser prestat en règim de concessió en ser possible transferir al concessionari tant el risc de demanda com el de subministrament, el servei de manteniment de la xarxa de sanejament, en canvi, no sembla que pugui ser retribuït en funció de la utilització d'aquest servei pels usuaris ni que pugui transferir-se el risc inherent a una explotació privada. Mentre que en el primer les tarifes que han de pagar els usuaris ha d'autoritzar-les l'Administració i la retribució del concessionari pot dependre significativament del consum d'aigua efectuat pels abonats, així com del preu i volum de l'aigua en alta i de la bona gestió i manteniment de la xarxa de distribució per a evitar fugides, en el servei de sanejament resulta molt difícil o impossible establir unes condicions anàlogues que assegurin l'existència d'aquell risc operacional que, al seu torn, justificaria la utilització de la concessió en lloc del contracte de serveis, que és el que en cas contrari procediria.

Perquè poguera ser objecte de concessió el servei municipal de sanejament dedicat a l'evacuació, tractament i depuració d'aigües i abocaments residuals, així com al manteniment o renovació de les infraestructures, haurien d'existir xarxes separades d'evacuació d'aigües pluvials i d'aigües residuals urbanes i, en el cas d'aquestes últimes, deuria poder-se mesurar i tractar separatament les d'origen domèstic i les d'origen industrial o anàleg, tot això perquè poguera establir-se un sistema de tarifes adequat als diferents usos que, al mateix temps, permetia que la retribució del concessionari depengui significativament de la utilització pels diferents usuaris de tals infraestructures i dels serveis de sanejament, és a dir, depengui del volum i de les necessitats de tractament i depuració de les aigües residuals generades pels usuaris i, així i tot, el manteniment de la xarxa de clavegueram en vies públiques i d'evacuació d'aigües pluvials quedaria fora d'aquell sistema de retribució.

En conseqüència, la pretensió de reunir en un sol contracte les prestacions per a tots dos serveis ens porta al cas més probable que unes, les de proveïment d'aigua potable, hagen de prestar-se en règim de concessió i unes altres, les del servei de sanejament, d'acord amb les normes pròpies del contracte de serveis. Aquesta reunió en un únic contracte, si poguera justificar-se objectivament, ens situaria davant un contracte mixt dels previstos en l'article 18 de la Llei 9/2017, que només podria dur-se a terme en el cas que es complisca el que es disposa en l'article 34.2 d'aquesta Llei:

*Només podran fusionar-se prestacions corresponents a diferents contractes en un contracte mixt quan aqueixes prestacions es troben directament vinculades entre si i mantinguin relacions de complementaritat que exigisquen la seua consideració i tractament com una unitat funcional dirigida a la satisfacció d'una determinada necessitat o a la consecució d'una fi institucional pròpia de l'entitat contractant.*

Encara que excedeix al present informe valorar la concurrència dels requisits anteriors en mancar de suficients elements de judici per a això, del propi text de la consulta es desprèn que no sembla probable ni resultarà fàcilment justificable que es done necessària o obligatòriament una vinculació directa i una complementaritat objectiva entre les prestacions relatives al manteniment de la xarxa de sanejament del municipi i les corresponents a l'explotació del servei de proveïment d'aigua potable, tot això d'una

forma tal que suprimisca o afecte la conveniència de licitar per lots o contractes independents aquestes prestacions i que impedisca la possibilitat d'adjudicar-los bé a dues empreses o bé a una que haguera licitat a tots dos lots o contractes i resultat més avantatjosa en tots dos.

Per una altra part, entre les normes generals que regulen actualment la contractació del sector públic, l'article 99.3 de la Llei disposa que *sempre que la naturalesa o l'objecte del contracte ho permeten, haurà de preveure's la realització independent de cadascuna de les seues parts mitjançant la seua divisió en lots* i que l'òrgan de contractació només podrà no dividir en lots l'objecte del contracte quan existisquen motius vàlids, que hauran de justificar-se degudament en l'expedient, excepte en els contractes de concessió d'obres. Per tant, amb l'excepció d'aquest últim tipus de contracte, la Llei estableix de forma general l'obligació de licitar per lots les prestacions que puguen realitzar-se independentment sense vincular tal precepte a tipus de contractes determinats i sense excloure d'aquesta norma els contractes de concessió de serveis.

A més, la licitació per lots no impedeix ni exclou necessàriament que un mateix licitador pugua resultar adjudicatari de més d'un lot o de tots ells si la seua oferta en la més avantatjosa en cadascun dels quals presenta candidatura o en el conjunt de lots als quals licita. Si es licitara per lots la contractació dels serveis objecte de la consulta formulada per l'Ajuntament, l'article 99.5 estableix les regles que deuran seguir-se perquè pugueren tots dos adjudicar-se a una mateixa empresa:

*Quan l'òrgan de contractació haguera decidit procedir a la divisió en lots de l'objecte del contracte i, a més, permetre que pugua adjudicar-se més d'un lot al mateix licitador, aquell podrà adjudicar-se a una oferta integradora, sempre que es complisquen tots i cadascun dels requisits següents:*

*a) Que aquesta possibilitat s'hagués establert en el plec que registra el contracte i es reculla en l'anunci de licitació. Aquesta previsió haurà de concretar la combinació o combinacions que s'admetrà, si escau, així com la solvència i capacitat exigida en cadascuna d'elles.*

*b) Que es tracte de supòsits en què existisquen diversos criteris d'adjudicació.*

*c) Que prèviament es duga a terme una avaluació comparativa per a determinar si les ofertes presentades per un licitador concret per a una combinació particular de lots compliria millor, en conjunt, els criteris d'adjudicació establerts en el plec respecte a aquests lots, que les ofertes presentades per als lots separats que es tracte, considerats aïlladament.*

*d) Que els empresaris acrediten la solvència econòmica, financera i tècnica corresponent, o, si escau, la classificació, al conjunt de lots pels quals licite.*

D'altra banda, si s'exclou la possibilitat d'adjudicar tots dos serveis per lots independents i si, com es planteja en la consulta, el municipi d'Agost i l'annualitat del contracte es troben en el supòsit previst en el número 11 de la disposició addicional tercera de la Llei 9/2017, de Contractes del Sector Públic, llavors li seria aplicable el que es disposa en aquesta norma, que exigeix justificar la decisió d'adjudicar tots dos serveis en un únic contracte de concessió sobre la base de la necessitat objectiva de procedir a la seua gestió unificada, però això sense perjudici que, com hem exposat en el present informe, les condicions de la contractació hagen de complir els requisits necessaris per a la utilització de la figura contractual de la concessió.



## CONCLUSIONS

1. De conformitat amb la Llei 9/2017, de Contractes del Sector Públic, perquè la gestió d'un servei de competència municipal pugua ser objecte de concessió és necessari que aquest servei siga susceptible d'explotació econòmica per un particular, que almenys una part significativa de la contraprestació que perceba el concessionari per a fer efectiu el seu dret a l'explotació estiga en funció de la utilització del servei pels usuaris i que existisca un risc operacional inherent a aquesta a causa de la incertesa de la demanda real d'aquest servei, dels subministraments necessaris per a la seua prestació o de tots dos.

2. Als contractes de concessió de serveis, o mixtos de concessió de serveis i de serveis, que compreguen parts o serveis diferents susceptibles de realització independent, els és aplicable l'obligació general de licitar i, si escau, contractar per lots les prestacions de diferent naturalesa, sense perjudici que s'establisca la possibilitat d'adjudicació a una oferta integradora quan es complisquen els restants requisits establits en l'article 99.5 de la Llei 9/2017, de contractes del Sector Públic.

**El present Informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per punt, 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 aquest últim cas.**

LA SECRETÀRIA

Vist i plau LA PRESIDENTA

SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA  
en data 15 de juny de 2018