

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

**INFORME 1/2011, DE 16 DE MAYO DE 2011. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. DIFERENCIAS. LICITACIÓN EN UN MISMO EXPEDIENTE DE AMBOS CONTRATOS. POSIBLE INCLUSIÓN EN LOS PLIEGOS DE PRESTACIONES NO RELACIONADAS DIRECTAMENTE CON EL OBJETO DEL CONTRATO. VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

En fecha 26 de enero de 2011, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe del Ayuntamiento del Campello, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

*'En base a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000 de 30 de mayo por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana (DOGV num. 3767 de 8 de junio), se le solicita, INFORME en relación a los siguientes extremos:*

*A) El Ayuntamiento está construyendo, a través de un contrato de obra, una piscina municipal y unas instalaciones deportivas anexas a la misma que forman parte del mismo complejo deportivo dentro del casco urbano (parcela nº 1). Una vez construidas, el Ayuntamiento pretende gestionarlo indirectamente a través de un gestor, que deberá aportar el equipamiento necesario para su explotación, así como todo el personal necesario y asumir todos los gastos que se exija para su funcionamiento ( luz, agua, limpieza, reparación, mantenimiento, seguridad... ); a cambio la empresa se remunerará vía tarifas directamente de los usuarios.*

*B) Por otro lado, el Ayuntamiento es propietario de una parcela donde se permite, según nuestro Plan General, el uso deportivo. Ésta se encuentra situada en otro punto del término municipal (Playa Muchavista) (parcela nº 2). La Corporación está considerando la posibilidad de convocar, en relación a esta parcela, un procedimiento de licitación para adjudicar un contrato de concesión de obra pública para que se construya en ella y se gestione determinadas instalaciones deportivas (edificio/s y pistas deportivas).*

*Ante esta situación, y dado que ambas parcelas tienen un uso deportivo y al objeto de que el usuario final pudiera disfrutar de ambos complejos con una misma cuota de socio o con más beneficios, aún encontrándose en puntos distintos del municipio, el Ayuntamiento se plantea las siguientes cuestiones:*

**1º.- Respecto al contrato de la parcela nº 1: ¿ Que tipo de contrato sería?.**

**2º.- Respecto al contrato de la parcela nº 2: ¿ Que tipo de contrato sería?.**

**3º.- ¿Se podrían incluir ambos contratos en una misma licitación, de forma que el objeto del contrato fuera el siguiente?:**

*A) Concesión de obra pública y explotación consistente en la construcción y explotación de un centro deportivo y varias pistas ( Parcela nº 2) y la*

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

*B) Explotación y equipamiento de unas instalaciones deportivas consistentes en una piscina cubierta y en instalaciones anexas. ( Parcela nº 1).*

**4º.- Si se pueden vincular...:**

- 4.1: *Qué tipo de contrato es.*
- 4.2.- *Cuál sería su régimen jurídico: actuaciones preparatorias, preceptos aplicables a su ejecución...*
- 4.3.- *Cuál sería el precio del contrato. Qué componentes lo forman para calcularlo.*

**5º.- Con respecto a la explotación de la parcela nº 1, y en el supuesto de no poder unificar ambos contratos:**

- 5.1.- *Si se considera como un contrato de gestión de servicio público: qué elementos forman parte del precio del contrato y cuál sería el precepto aplicable para determinar el precio del contrato.*
- 5.2.- *Si se considera como una concesión de dominio público: qué elementos forman parte del precio del contrato y cuál sería el precepto aplicable para determinar el precio del contrato.*

**6º.- Con respecto a la construcción y explotación de la parcela nº 2, y en el supuesto de no poder unificar ambos contratos:**

- 6.1.- *¿Sería posible exigir al concesionario un canon en especie por la explotación, consistente en la construcción y cesión al Ayuntamiento de un edificio para dependencias municipales sita en la misma parcela nº 2?*
- 6.2.- *¿Sería posible exigir al concesionario como obligación la construcción y cesión al Ayuntamiento de un edificio para dependencias municipales sita en la misma parcela nº 2?'*

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones que plantea el Ayuntamiento consultante deben encontrar respuesta integral. En este sentido y en primer término, respecto de las obras que se están acometiendo en la Parcela nº 1, resultado de la licitación y adjudicación de un contrato de obras, hay que indicar que la mera explotación de una obra construida no puede ser considerada como contrato de concesión de obra pública. A este respecto el art. 7 de la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) dispone que el contrato de concesión de obra pública es aquél que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

La razón fundamental estriba en la correcta transposición de la Directiva 2004/18/CE que no contemplaba la Ley 13/2003, de 23 de mayo, de concesión de obras públicas, en la que la mera explotación de una obra construida constituía un contrato de concesión de obra pública (vid Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Reguladora de la concesión de Obras

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

Públicas 3375/2001 de 15 de diciembre de 2001), incorporada posteriormente el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Aún así, la LCSP mantiene la diferente tipología de ambos contratos, mientras que Directiva 2004/18/CE, considera la concesión de obra pública como un tipo de contrato de obras.

En segundo término, el planteamiento de la consulta excluye la concesión demanial, pues se trata de “gestionar indirectamente” un servicio de competencia de las administraciones locales, como se verá más adelante. Así las cosas, debemos cuestionarnos si nos encontramos ante un contrato de gestión servicios públicos.

Del análisis de la Ley 7/1985, Reguladora de Bases de Régimen Local y, más concretamente, de su artículo 25.2, los municipios ejercerán en todo caso competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:...m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo.

El artículo 26 del citado texto legal, además, concreta que los municipios con población superior a 20.000 habitantes (supuesto del Ayuntamiento consultante): “deberán prestar los siguientes servicios:... instalaciones deportivas de uso público.”

Por su parte, la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalitat, de Régimen Local de la Comunitat Valenciana establece en su artículo 33, asimismo, que los municipios valencianos tienen competencias en ... n) Actividades o instalaciones culturales y deportivas.

Hechas estas consideraciones previas, debemos analizar el concepto de contrato de gestión de servicio público a la luz de las disposiciones citadas en relación con la LCSP.

Según la LCSP el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante. De ahí que la LCSP en su artículo 116 dispone que “antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”.

De acuerdo con estas normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. (art. 117). Es además necesario, de conformidad con el art. 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la elaboración e incorporación al expediente de contratación, antes de su aprobación, del correspondiente proyecto de explotación que, referido al servicio público susceptible de ser organizado con unidad e independencia funcional, comprenda un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición.

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

Del texto de la consulta formulada, la siguiente cuestión a dilucidar es si estamos ante un contrato de gestión indirecta de servicios públicos bajo la modalidad de “concesión”.

En este aspecto debemos precisar que lo determinante no es exclusivamente la forma de remuneración al contratista concesionario, sino que, además, el contratista asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública del servicio. En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado al principio, precisamente por esa reglamentación (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 en el Asunto C-206-08, Eurowasser y de 11 de marzo de 2011 en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst). En este sentido puede verse igualmente el Informe de esta Junta 1/2010, de octubre de 2010.

Del análisis de los preceptos relativos al régimen local y la contratación del sector público, y de la consulta formulada, cabe afirmar que en el caso de la explotación de las instalaciones deportivas ya construidas sitas en la parcela 1, estaríamos ante un contrato de concesión de servicio público, siempre y cuando se den, efectivamente, todos los requisitos mencionados en las anteriores consideraciones.

En cuanto al precio del contrato de gestión de servicio público en la modalidad concesión, el Informe 2/2010, de 31 de enero de 2011 de esta Junta determina que :

*“Como todo contrato oneroso, debe fijarse un precio, precio que no es ni más ni menos que la remuneración al contratista por la prestación del servicio y, en su caso, por las inversiones que sean necesarias para ello. Así el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) determina que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su 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.*

*Es decir, en el contrato de concesión la Ley distingue dos posibles clases de contraprestación al concesionario del servicio: una, en función de la utilización del servicio, necesaria y obligatoria por ser donde reside principalmente el “riesgo y ventura” de la explotación, y otra que, en caso de haberla, no estará en función de dicha utilización y dependerá de las prestaciones previstas en el contrato que obliguen al adjudicatario a efectuar inversiones o gastos que no vayan a ser retribuidos por las tarifas o retribuciones por la utilización.*

*En estos contratos, como en cualquier otro contrato concesional (concesión de obras públicas), la retribución al contratista y en consecuencia el precio del contrato debe fijarlo la administración en base al anteproyecto de explotación que obligatoriamente debe acompañar a la licitación si el contrato comprende la ejecución de obras, o en base al estudio económico para la determinación de las tarifas que habrán de abonar los usuarios cuando el contrato no comprenda la ejecución de obras y ésta sea la única forma de retribución al contratista. Así el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*

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

*(RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con el artículo 117 de la LCSP, establece que “Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.”*

*Este anteproyecto debe contemplar los gastos e ingresos derivados de la explotación del servicio y sus posibles variaciones a lo largo de la ejecución del contrato. El anteproyecto de explotación o el estudio económico deben contemplar como mínimo y básicamente las siguientes partidas:*

#### *GASTOS*

*Gastos de personal*

*Aprovisionamientos (bienes ctes. y servicios)*

*Otros gastos de explotación (excepto, el posible canon)*

*Gastos financieros*

*Amortizaciones y provisiones*

*Subtotal costes directos de explotación*

*(C)*

*En su caso, canon a favor de la Administración*

*Total Gastos Explotación*

#### *INGRESOS*

*Tarifas por la utilización del servicio, pagadas por los usuarios o por la administración concedente*

*Aportaciones o subvenciones de la Administración, si las hay.*

*Ingresos accesorios a la explotación*

*Total Ingresos Explotación.*

#### *RESULTADO*

*Margen, beneficio o pérdidas del gestor (antes de impuestos): Ingresos-Gastos*

*Obviamente, ha de garantizarse el equilibrio financiero del contrato y para ello los ingresos estimados durante el período que abarque la concesión han de ser suficientes para cubrir los costes totales de explotación del servicio durante ese mismo período, incluido el canon que en su caso haya de percibir la Administración, más un beneficio razonable en términos de mercado y referido al conjunto del período. Dado que una parte de dichos ingresos dependen de la utilización del servicio por los usuarios, en el anteproyecto de explotación será necesario estimar o determinar a priori el número de usuarios y la intensidad de uso del servicio que se consideran normales o esperables en cada año de la concesión, en función de los cuales se establecerán las tarifas que han de asegurar dicho equilibrio financiero. No obstante, el hecho de que durante la concesión se alcancen o no dicho número de usuarios o la demanda de uso prevista en el anteproyecto de explotación constituyen el principal riesgo que ha de asumir el adjudicatario.*

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

*De esa forma, la retribución al concesionario, y por ende el valor estimado y el precio del contrato, se pueden definir como el valor actual (en el momento de la licitación) del total de ingresos estimados que percibirá o podrá percibir el concesionario vinculados a la explotación del servicio durante todo el periodo de la concesión, menos el valor actual del canon que en su caso haya de satisfacer el concesionario a la Administración durante el mismo periodo.*

*Alternativamente, el precio o valor estimado del contrato puede obtenerse o venir reflejado por el valor actual de los ingresos medios anuales que se estimen pueda y deba obtener el contratista durante el periodo de concesión, multiplicado por el número de años de concesión y minorado igualmente por el valor del canon que en su caso haya que satisfacer a la Administración durante la vigencia del contrato.”*

Distinta es la respuesta que esta Junta debe dar al contrato que se pretende sobre la Parcela nº 2. Aquí cabe claramente un contrato de concesión de obra pública , ya que cumple con los requisitos vistos anteriormente de acuerdo con la LCSP. El destino de las obras es explotable económicamente y, a mayor abundamiento, la obra no es un elemento accesorio, sino el elemento principal que determina la concesión de obra pública.

Ambos contratos , el de concesión de servicios y el de concesión de obra pública aunque compartan una misma finalidad son contratos distintos en cuanto a su conceptualización, pero también en cuanto a su objeto, por lo que no pueden licitarse conjuntamente como un único objeto y tipo contractual, sin perjuicio de que nada impide que ambos contratos puedan licitarse paralela o simultáneamente, pero de forma independiente.

Conviene preguntarse si cabría la licitación por lotes distintos en una misma licitación, pero hemos de afirmar rotundamente que no. Y ello sobre la base de lo que claramente dispone la LCSP en el artículo 74.3 que exige un único y mismo objeto, fraccionable en lotes, y una unidad funcional entre ellos, pero tratándose de prestaciones diferenciadas, lo que en el supuesto consultado ya hemos visto que no es la cuestión, o bien que así lo exija la naturaleza del objeto, lo que no es el caso.

Por tanto, no se dan los requisitos mencionados para la licitación conjunta de ambas prestaciones como un único contrato.

En cuanto a la última de las cuestiones planteadas, son de todo punto contrarios a Derecho ambos supuestos. Nada puede esgrimirse para que un contrato cuyo objeto es la construcción y explotación de instalaciones deportivas y en otro caso la explotación de instalaciones deportivas ya existentes, puedan obligar o establecer un canon sobre la base de la construcción de un edificio para las dependencias municipales que, a su vez, requiere de una contratación independiente que garantice los principios fundamentales de publicidad, transparencia, libre concurrencia e igualdad y que, desde luego, nada tiene que ver con el objeto de aquellos.

Esta forma de actuar, que viene siendo frecuente como ha observado esta Junta, mediante la introducción de mejoras, prestaciones accesorias, y otras cláusulas, que son auténticos contratos objeto de licitación independiente y en nada vinculados al objeto del contrato, supone un grave incumplimiento de los principios de la contratación pública expuestos.

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

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- El contrato para la gestión indirecta de las instalaciones deportivas relativas a la Parcela nº 1, si se dan los requisitos legales indicados en el presente informe, tendría por objeto la concesión de servicio público y el tipo contractual correspondería al de contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión.

SEGUNDA.- El contrato de construcción y explotación de las instalaciones deportivas en la Parcela nº 2, si la retribución al contratista consiste en el derecho a la explotación de las mismas a su riesgo y ventura, o en dicho derecho acompañado de un precio, se ajusta al contrato de concesión de obra pública.

TERCERA.- Correspondiendo a contratos totalmente diferenciados en cuanto a su objeto, tipo contractual, ejecución y otras características, no pueden ser objeto de licitación conjunta como un único contrato.

CUARTA.- No es conforme a Derecho cualquier cláusula en los pliegos de cláusulas administrativas que implique por el contratista la realización de prestaciones, la ejecución de obras o la entrega de suministros, no relacionados directamente con el objeto del contrato, sea como criterio de adjudicación, canon de participación, prestación accesoria o cualquier otra de naturaleza similar, contraviniendo su inclusión el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública y debiendo estas prestaciones ser objeto de contratación independiente

**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 DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

Vº Bº

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



José Miguel Escrig Navarro  
VICEPRESIDENTE

*APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR  
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,  
en fecha 16 de mayo de 2011.*