

# EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



## Configuració dels contractes que inclouen prestacions diverses: els contractes mixtos

20-09-2021

El disseny de les licitacions públiques inclou, entre d'altres, l'elaboració dels plecs, l'elecció del procediment, la fixació de la classificació, la determinació de la solvència i dels criteris d'adjudicació del contracte, la definició de les prescripcions tècniques i la decisió de no dividir en lots l'objecte del contracte. D'acord amb l'article 28 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), correspon als òrgans de contractació aquesta configuració, que ha de tenir com a objectiu procurar la millor satisfacció de les necessitats públiques i dels fins institucionals, extrems que s'han de justificar a l'expedient (art. 116.4 de la LCSP). D'acord amb aquestes determinacions legals, la doctrina assenyalava que correspon a l'òrgan de contractació decidir si, per satisfer diverses necessitats, tramita un o diversos expedients de contractació. Aquesta **discrecionalitat per configurar la licitació i contractació de dues prestacions o més** troba el límit, entre d'altres, en el respecte als principis rectors de la contractació pública (art. 1 i 132 de la LCSP); en el principi de no divisió fraudulenta de l'objecte del contracte (art. 99.2 de la LCSP), i en la prohibició de fusionar en un únic contracte prestacions que no tenen cap vinculació objectiva entre si (entre d'altres, la [Resolució 73/2016](#), del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de Castella i Lleó).

L'objecte del contracte ha d'integrar totes les prestacions que estiguin vinculades entre si per raó de la seva unitat funcional, imposada per una millor gestió dels serveis públics. No obstant això, el benefici que per a l'interès públic pot comportar el tractament unitari de totes aquestes prestacions, pot decaure enfront del **benefici més elevat que pot comportar la contractació separada** o quan aquesta exigència deriva de la necessitat de donar compliment a una disposició legal. Així ho va entendre el TARC de Castella i Lleó en la Resolució 73/2016 esmentada, en un supòsit en el qual la configuració del contracte com a mixt, amb diferents prestacions de serveis, comportava uns requeriments de solvència econòmica, financera i tècnica heterogenis que limitava la concurrència i, en especial, la participació de les pimes, en contra del que estableix l'article 1 de la LCSP.

La Secció Quarta del Tribunal Suprem, en la Sentència 425/2021, de 8 de febrer, també va concloure que recórrer a la figura del contracte mixt simplement per gaudir de certs avantatges organitzatius –com pot ser disposar d'un únic contractista per prestar tots els serveis integrats en un contracte–, contravé els principis que regeixen i inspiren la contractació pública. El Tribunal recorda que també contravé els principis de lliure concurrència i d'igualtat en l'accés als procediments de licitació pública, quan, existint una unitat funcional en el si d'un contracte amb diverses prestacions, aquest es configura com a contracte típic al qual s'incorpora una prestació accessòria a la principal, sense identificar-lo com a contracte mixt.

#### Delimitació dels contractes mixtos

Les directives de quarta generació presten per primera vegada una especial atenció als contractes mixtos (art. 20 de la Directiva 2014/23/UE, art. 3 de la Directiva 2014/24/UE i art. 5 de la Directiva 2014/25/UE), i sistematitzen el complex conjunt de regles aplicables a aquests, que serveixen per determinar el règim jurídic aplicable en cada cas, sobre la base dels pronunciaments del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE). D'acord amb la Directiva 2014/24/UE, per poder afirmar que es tracta d'un contracte mixt, caldrà analitzar cas per cas les particularitats del contracte de manera que quedi justificada, mitjançant proves objectives de caràcter tècnic o econòmic, la necessitat de celebrar un únic contracte.

La LCSP fa una transposició pràcticament literal del que disposen les directives en relació amb aquests contractes complexos. L'article 18 de la LCSP regula els contractes mixtos i, a diferència de la regulació anterior (l'article 12 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic –TRLCSPP), no es limita a la determinació de les normes que s'hauran d'observar en la preparació i l'adjudicació del contracte, sinó que també especifica les normes aplicables als efectes, al compliment i a l'extinció del contracte, que s'hauran d'establir en el plec de clàusules administratives particulars (art. 122.2 de la LCSP).

Si bé com hem vist aquests contractes estan regulats en l'article 18 de la LCSP, a la secció 1, del capítol II, del títol preliminar sobre la “Delimitació dels tipus contractuals”, part de la doctrina considera que un contracte mixt no és pròpiament un tipus contractual, sinó un concepte instrumental que el legislador utilitza per dotar d'un règim jurídic cert un contracte que compta amb elements de diferents contractes (en aquest sentit, la [Resolució 154/2021](#), del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (TCCSP).

L'article 18.1 de la LCSP els defineix com **els contractes que contenen prestacions corresponents a un altre o a altres de diferent classe**. Aquesta definició, a diferència de la regulació anterior (art. 12 del TRLCSPP), sembla deixar fora de la categoria dels contractes mixtos els que combinen dues o més prestacions del mateix tipus contractual. No obstant això, els òrgans administratius de resolució de recursos especials en matèria de contractació han aplicat per analogia als contractes que fusionen prestacions d'un mateix tipus contractual –o contractes d'objecte múltiple–, algunes de les normes dels contractes mixtos, ja que si bé en aquest cas la configuració com a contracte mixt no és determinant per concretar el règim jurídic aplicable a la preparació i l'adjudicació del contracte, ja que no és necessari recórrer a les regles de l'article 18, sí que li són aplicables la resta de requeriments i limitacions establerts en la LCSP en relació amb els contractes mixtos, en especial el que disposa l'article 34.2 de la LCSP.

L'article 18 de la LCSP també considera contractes mixtos els que inclouen serveis especials de l'annex IV (certs serveis socials, sanitaris o educatius, que per la seva naturalesa tenen una dimensió transfronterera limitada) i altres serveis. A aquests contractes mixtos, els ha dotat d'un règim específic amb uns límits econòmics més alts.

Els contractes mixtos o compostos neixen del fet que les necessitats del sector públic a vegades requereixen solucions complexes que l'òrgan de contractació decideix atendre mitjançant la celebració d'un únic contracte en el qual es combinen múltiples prestacions que, individualment considerades, es correspondrien amb les pròpies de diferents tipus contractuals (obres, serveis, subministraments, etc.), o amb més d'una prestació d'un mateix tipus contractual.

Requeriments i justificació adequada

Els òrgans de contractació han de justificar adequadament la seva decisió de recórrer a la celebració d'un contracte mixt, fusionant en un únic contracte prestacions de diferents contractes, atès que un dels principis que inspiren la normativa sobre contractació pública és el màxim respecte al principi de lliure concurrència. D'acord amb aquest principi, la LCSP exigeix que **les prestacions que es vulguin fusionar es trobin directament vinculades entre si i mantinguin relacions de complementarietat que n'exigeixin la consideració i el tractament com una unitat funcional**, adreçada a satisfer una determinada necessitat o a conservar un fi institucional propi de l'entitat contractant (art. 34.2 de la LCSP).

La justificació de la necessitat de celebrar un únic contracte s'ha de basar en **proves objectives de caràcter tècnic o econòmic**. En aquest sentit, la doctrina assenyala que la reunió en un contracte mixt de prestacions de diferents contractes no es pot justificar sobre la base d'**arguments merament subjectius o formals**, sinó materials; així mateix, s'interpreta que el fet que les prestacions tinguin alguna interdependència, no significa que siguin complementàries o que existeixi una relació directa entre si.

El Tribunal Suprem, en la Sentència 154/2021, de 8 de febrer, ja esmentada, s'ha pronunciat sobre els paràmetres de legalitat dels contractes mixtos en els quals es fusionen prestacions de naturalesa dispar, tot arribant a diverses conclusions pel que fa a les prestacions que poden integrar un contracte mixt. El Tribunal assenyala que han de concórrer certs requisits:

- Les prestacions han d'estar **racionalment i directament vinculades entre si**, i aquesta vinculació s'ha d'entendre en sentit material, i no merament subjectiva ni formal.
- Les prestacions han de ser **complementàries**, de manera que constitueixin una unitat funcional, que sigui real i no pretesa pels òrgans de contractació.
- Aquesta configuració ha d'atendre a una finalitat, que és **satisfer una determinada necessitat o la consecució d'una finalitat institucional** de l'entitat contractant.

La licitació d'un contracte com a mixt ha d'obeir a **motius tècnics i econòmics objectius**, que a més permetin identificar la prestació principal. Els motius tècnics han de guardar coherència amb l'interès públic cridat a satisfer amb el contracte i han de tenir en compte la idoneïtat dels contractistes per assumir prestacions de diferent naturalesa, al qual cal afegir que dita acumulació de prestacions ha de comportar un avantatge econòmic.

A més, l'òrgan de contractació ha de **ponderar la incidència que la licitació conjunta d'aquestes prestacions mitjançant un contracte mixt pot tenir en els principis bàsics de la contractació pública**: llibertat d'accés a les licitacions, transparència del procediment i no

discriminació i igualtat de tracte.

Concretament, la Sentència del Tribunal Suprem esmentada analitza el supòsit d'un contracte mixt de subministrament de material fungible, que inclou com accessòria una prestació pròpia d'un contracte d'obra, fet que comporta l'exigència als licitadors d'uns requisits per poder concórrer que premien els que han executat contractes d'obres, malgrat que el subministrament sigui la prestació principal, i s'afavoreix per tant un determinat tipus de subministrador. El Tribunal insisteix que per satisfer l'interès públic cal justificar en l'expedient les raons tècniques que avalen que el subministrador del material fungible assumeixi també les prestacions pròpies d'un contracte d'obres o, a l'inrevés, que el contractista constructor sigui idoni per subministrar material fungible.

Divisió en lots de les prestacions pròpies d'un contracte mixt

Com hem vist, l'article 34 de la LCSP estableix que únicament es permet la fusió de les prestacions corresponents a diferents contractes en un contracte mixt quan aquestes prestacions es trobin **directament vinculades entre si i mantinguin relacions de complementarietat** que n'exigeixin la consideració i el tractament com una unitat funcional adreçada a satisfer una determinada necessitat o a aconseguir un fi institucional propi de l'entitat contractant. Aquesta unitat funcional requerida permet la divisió en lots del contracte mixt? En relació amb aquesta qüestió es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat (JCCPE) en l'[Informe 7/2019](#).

En aquest informe, la JCCPE va concloure que, el fet que les prestacions d'un contracte mixt hagin de constituir una **unitat funcional, no ha de comportar necessàriament la impossibilitat de dividir en lots el contracte mixt**. Dues prestacions vinculades poden tenir una funció unitària, entén la JCCPE, i, al mateix temps, permetre'n la licitació individualitzada, de manera que "els conceptes d'unitat funcional i de realització independent en lots no són coextensos ni equivalents en el seu significat". La JCCPE afegeix que això no comporta que les prestacions diferenciades en un contracte mixt sempre s'hagin de licitar de manera separada en lots, sinó que caldrà atènyer-se a cada cas concret.

La lectura conjunta dels articles 18 i 34.2 de la LCSP ha portat els òrgans administratius de resolució dels recursos especials en matèria de contractació a interpretar de manera restrictiva la procedència de la fusió de prestacions corresponents a diferents contractes en un únic contracte – atesa la limitació que pot comportar del principi de lliure concurrència. Aquest caràcter excepcionalitat que s'atribueix a la figura del contracte mixt obliga a haver de justificar-ho a l'expedient i a reflectir-ho en la documentació contractual de manera objectiva, i indicar-hi les raons que porten a adoptar aquesta fusió de prestacions en un únic contracte per concurrència dels requisits que hem analitzat i, en qualsevol cas, troba com a límit la pròpia realitat del contracte. Cal atènyer-se a quina és la finalitat última que es pretén amb la contractació i a la realitat, no a la mera intenció dels poders adjudicadors, i això és així d'acord amb la regla interpretativa segons la qual els contractes són el que són, i no el que les parts diuen que són (Resolució 154/2021 del TCCSP, esmentada).



## **Rosa Maldonado Camats**

Responsable jurídica de regulació i assessorament en contractació de la Direcció General de Contractació Pública, Departament d'Economia i Hisenda