



INFORME 15/2023, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO A LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EMASESA Y EL AYUNTAMIENTO DE BURGUILLOS PARA EL SUMINISTRO DE AGUA POTABLE.

I.- ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Burguillos solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

1º. Este Ayuntamiento viene prestando el servicio de abastecimiento de agua potable a domicilio, previsto en el art. 25.2, c) de la Ley 7/1985 RBRL, a través de gestión directa por la propia entidad, en los términos del art. 85.2, a) de la citada ley.

2º. Para la prestación del servicio arriba mencionado se hacía uso de agua almacenada en los depósitos de titularidad municipal que se nutrían de la captación de los diferentes pozos, también de titularidad municipal.

3º. Ante la grave situación de sequía que llevamos sufriendo en los últimos años, esta Alcaldía consiguió, a través del convenio interadministrativo correspondiente, que la Junta de Andalucía ejecutase las obras de infraestructuras necesarias para que E.M.A.S.E.S.A. pudiera suministrar agua potable a los depósitos municipales antes indicados, proveniente de una estación de bombeo situada en un municipio colindante.

3º. Este Ayuntamiento, pretende seguir manteniendo la prestación del mencionado servicio de abastecimiento de agua potable a domicilio, haciendo uso de agua que suministra E.M.A.S.E.S.A., para lo cual asume la custodia de dicha agua suministrada, su tratamiento y su posterior abastecimiento a los domicilios, gestionando para ello los preceptivos contratos con los usuarios y el cobro de las contraprestaciones económicas que de ellos se derivan. Del mismo modo, asume la responsabilidad que se pueda derivar de dicho servicio respecto de los usuarios.

4º. Cabe indicar los siguientes aspectos a tener en cuenta, a saber:

- El objeto de la relación jurídica entre E.M.A.S.E.S.A. y el Ayuntamiento de Burguillos, se limita al suministro de agua potable hasta el depósito existente en el municipio colindante.

- La titularidad de las infraestructuras utilizadas para dicho suministro pertenecerá al Ayuntamiento una vez finalizadas las mismas.

- El mantenimiento de dichas infraestructuras pertenecerá al propio Ayuntamiento.

- La gestión del abastecimiento domiciliario de agua potable es mantenida en manos del Ayuntamiento.

- El Ayuntamiento de Burguillos tiene consideración de poder adjudicar, en los términos del art. 2.1, 1) de la Directiva 2014/24 y del art. 3.3, a) de la Ley 9/2017 CSP.

- Por su parte, E.M.A.S.E.S.A, igualmente traslada a este Ayuntamiento su condición de poder adjudicador, conforme al art. 2.1, 1) de la Directiva 2014/24 y el art. 3.3, d) de la Ley 9/2017 CSP.

- E.M.A.S.E.S.A., por razones técnicas, resulta ser el único operador económico con posibilidades materiales de efectuar el suministro de agua potable a través de las infraestructuras existente, de tal manera que cualquier otro operador que pretendiese realizar el suministro requeriría de la ejecución de unas obras de infraestructuras que a

la fecha son inexistentes y que resultarían faraónicas, ya que no pueden utilizar las infraestructuras existentes al no tener conexión con las mismas.





- El Ayuntamiento cuenta con una autorización de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de captación de aguas de carácter temporal por un plazo de dos años correspondiente a dicho punto de suministro exclusivamente, sin perjuicio de tener solicitada la autorización definitiva.

- El objeto social de E.M.A.S.E.S.A, conforme al art. 2.1, a) de sus estatutos, resulta ser: “La realización de todas las actividades relativas a la planificación, programación, proyecto e investigación, cooperación al desarrollo, formación, asesoramiento, construcción, explotación, mantenimiento y gestión de los recursos y servicios hídricos en todas las fases del ciclo integral del agua, desde la producción, adquisición y adjudicación tratamiento distribución de caudales, hasta la evacuación, vertido, saneamiento, depuración, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y fangos, así como la comercialización de todos esos productos y servicios, pudiendo establecer y desarrollar cuantas industrias y negocios sean instrumentales, complementarios o accesorios de las actividades relacionadas.”

Es por ello que, en base a los antecedentes descritos y de conformidad con el art. 11.2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa y el art. 21.1, b) de la Ley 7/1985 RBRL, procedo a solicitar a dicha Comisión Consultiva informe en relación a las siguientes cuestiones:

1º. La relación jurídica descrita en entre el Ayuntamiento de Burguillos, cuyo objeto se limita al suministro de agua potable en los términos indicados, se encontraría excluida de la Directiva 2014/24, por aplicación de su artículo 12.4; y por ende, excluido de la LCSP, en los términos del art. 6.1 de la mencionada ley, al entender que concurren las siguientes circunstancias:

- El contrato establecería una cooperación entre el Ayuntamiento y E.M.A.S.E.S.A, con la única finalidad de garantizar el servicio público de abastecimiento de agua potable a domicilio, consiguiendo el objetivo propio previsto tanto en los estatutos de E.M.A.S.E.S.A, como en el art. 25.2, c) de la Ley 7/1985 RBRL (competencia propia de los Ayuntamientos).

- La cooperación fijada se guiaría exclusivamente por la satisfacción de prestar un servicio público básico, que no puede prestarse de otra manera, ya que los Estatutos Sociales de E.M.A.S.E.S.A imposibilitan que el Municipio de Burguillos se incorpore como nuevo socio.

- Ni el Ayuntamiento presta dicho servicio en el mercado abierto, ni E.M.A.S.E.S.A realiza en el mercado abierto un 20% del objeto de dicha cooperación, pues la prestación básica de E.M.A.S.E.S.A se concreta en un servicio relacionado con la integridad del ciclo del agua, siendo que en contadas ocasiones (que no llegan al 20% de su actividad), formalizan contratos exclusivamente de suministro de agua potable.

2º. En el supuesto de que no resultara un contrato excluido por aplicación de los preceptos indicados anteriormente, podría el Ayuntamiento utilizar el procedimiento negociado sin publicidad con un único licitador posible por razones de inexistencia de competencia por razones técnicas previsto en los artículos 168.a) 2º y 170.2, ya que ningún otro operador económico podría prestar el servicio al ser E.M.A.S.E.S.A, la titular de la concesión de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que permite la gestión del agua procedente de las infraestructuras del municipio colindante que conectan con las del municipio de Burguillos, resultando antieconómico que cualquier otro operador se viera obligado a realizar las infraestructuras necesarias para poder efectuar el suministro.

Sin más y dada la excepcionalidad del supuesto expuesto, por no ser un planteamiento común, y la importancia que para el Ayuntamiento de Burguillos tiene solventar con criterios de legalidad una situación con visos de permanencia en el tiempo, es por lo que se tiene a bien elevar dicha consulta, requiriendo de la Comisión Consultiva de Andalucía pronunciamiento al respecto.”

II.- INFORME

1. Con carácter previo, procede recordar que a este órgano no le compete emitir informes en expedientes concretos que le sean remitidos, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo. Por el contrario, las funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública se circunscriben a dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general, razón por la cual el presente informe se constreñirá a señalar los criterios jurídicos de carácter



general a aplicar en casos similares al expuesto, sin entrar a valorar el supuesto de hecho concreto que motiva la consulta.

El Ayuntamiento de Burguillos plantea una serie de cuestiones sobre la relación jurídica entre la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, S.A. (en adelante, EMASESA) y el propio Ayuntamiento para el suministro de agua potable a su municipio. En concreto, la citada relación jurídica se limita al suministro de agua potable por parte de EMASESA al depósito destinado al efecto, para que el Ayuntamiento pueda proceder a la gestión del abastecimiento domiciliario del agua potable en su término municipal. Se consulta si la mencionada relación jurídica se encontraría excluida de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, por aplicación de su artículo 12.4; y por ende, excluida de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), en los términos del artículo 6.1 de la mencionada ley, al entender que concurren una serie de circunstancias expuestas en la consulta y que a continuación se analizarán. Asimismo se interesa conocer si, en el supuesto de que no resultara un contrato excluido por aplicación de los preceptos indicados anteriormente, podría el Ayuntamiento utilizar para la adjudicación de un eventual contrato el procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas previsto en los artículos 168.a) 2ª y 170.2 de la LCSP.

Como cuestión general, del escrito de la consulta se extrae que existe un municipio que, para garantizar la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable a su población, competencia municipal conforme a lo dispuesto en los artículos 25.2 c) y 26.1 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), requiere del suministro de agua potable por parte de EMASESA, que es una sociedad mercantil cuyo capital social es de titularidad pública, de carácter interlocal, configurada para la gestión directa de los servicios públicos del ciclo del agua, al amparo de lo previsto en el artículo 85.2 apartado A, subapartado d) de la LRBRL y el artículo 39 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, y entre ellos, los servicios públicos municipales de abastecimiento de agua potable a los municipios socios de la entidad, entre los que no se encuentra el municipio de Burguillos. Constituye el objeto social de EMASESA, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de sus Estatutos Sociales, la *“gestión de los recursos y servicios hídricos en todas las fases del ciclo integral del agua”*, entre las que se encuentra *“la producción, adquisición y adjudicación tratamiento distribución de caudales”* ... *“así como la comercialización de todos esos productos y servicios”* (art. 2, apartado a), y añade un apartado b) según el cual: *“Específicamente, con el ámbito de actividades contemplado en el apartado a) precedente, la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable y alcantarillado y depuración de aguas residuales de todos los Ayuntamientos que ostenten la cualidad de socios ...”*.

Se plantea, así, la posible exclusión de la Directiva 2014/24 y, por ende, de la LCSP de la citada relación jurídica entre ambas entidades para el suministro de agua y, en caso de que sea de aplicación la LCSP, la procedencia de licitar y adjudicar el contrato por el procedimiento negociado sin publicidad con una empresa determinada por no existir competencia por razones técnicas.

No obstante, debe tenerse presente que el objeto de la relación jurídica respecto a la que se hace la consulta es el agua, que es un bien de dominio público, cuyo uso y gestión se encuentra regulado, principalmente, por el Texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (DPH), aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, junto a la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía, en lo que sea de aplicación según su ámbito competencial, de manera que toda relación jurídica que se formule sobre el suministro de agua debe respetar la citada legislación hidráulica, y la aplicación de la misma que realice la Administración Hidráulica, que cuenta con sus propios órganos consultivos, por lo que informar sobre cuestiones de ese ámbito excedería de la función consultiva de esta Comisión, por no tratarse de materia contractual.

2. La primera de las cuestiones enunciadas se refiere a la posible exclusión al ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 y de la LCSP de la relación jurídica entre el Ayuntamiento y la empresa suministradora del



agua, cuyo objeto se limita al suministro de agua potable hasta el depósito existente, ya que el servicio de abastecimiento agua potable a domicilio lo presta el propio ayuntamiento.

En concreto, se ampara su exclusión en el artículo 12.4 de la Directiva y en el artículo 6.1 LCSP, por entender que se trata de una relación que busca una cooperación “con la única finalidad de garantizar el servicio público de abastecimiento de agua potable a domicilio, consiguiendo el objetivo propio previsto tanto en los Estatutos de E.M.A.S.E.S.A., como en el art. 25.2, c) de la Ley 7/1985 RBRL (competencia propia de los Ayuntamientos)”; que “la cooperación fijada se guiaría exclusivamente por la satisfacción de prestar un servicio público básico, que no puede prestarse de otra manera, ya que los Estatutos Sociales de E.M.A.S.E.S.A imposibilitan que el Municipio de Burguillos se incorpore como nuevo socio”; y que “ni el Ayuntamiento presta dicho servicio en el mercado abierto, ni E.M.A.S.E.S.A realiza en el mercado abierto un 20% del objeto de dicha cooperación, pues la prestación básica de E.M.A.S.E.S.A se concreta en un servicio relacionado con la integridad del ciclo del agua, siendo que en contadas ocasiones (que no llegan al 20% de su actividad), formalizan contratos exclusivamente de suministro de agua potable”.

Establece el artículo 6.1 LCSP, que transpone a nuestro ordenamiento la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 que figura en su artículo 12.4, que:

“Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.”

A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), que establece: “Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”, y en su párrafo tercero: “Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.”



Tanto en el artículo 6.1 LCSP como en el 47.1 LRJSP se establece que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos, y en el supuesto consultado, el objeto del contrato se limita al suministro de un bien mueble, el agua tratada, y al abono de su precio, lo que encajaría en la regulación del contrato de suministro del artículo 16 de la LCSP, según la cual *“Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición ... de productos o bienes muebles”*.

Por ello, no estamos ante un supuesto de convenio administrativo, sino ante un verdadero contrato. La relación de suministro de agua por parte de la entidad suministradora interlocal a un municipio no asociado a la misma, en los términos en que se plantea la consulta, se regiría por la legislación de contratos de las administraciones públicas.

No obstante, lo que sí cabe plantearse es qué disposición sería aplicable dentro de la legislación contractual, ya que para los sectores del agua existe una regulación especial, que es el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, Ley de Sectores Excluidos), en cuanto que, según su artículo 8, se aplicará al suministro de agua potable a redes fijas destinadas a prestar un servicio público en relación con la distribución de agua potable.

A estos efectos, debe partirse de la regulación contenida en la disposición adicional octava de la LCSP, aplicable a los contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, en cuyo apartado 1 se establece que *“La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la presente ley, resultando de aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada. ...”* Esta disposición concuerda con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley de Sectores Excluidos respecto a las entidades sujetas al mismo, en cuanto que *“quedan excluidos del ámbito de aplicación de este real decreto-ley los contratos que celebren las entidades que, con arreglo a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, tengan la consideración de Administraciones Públicas, que se regirán por la mencionada ley, en todo caso. Únicamente se les aplicará el presente real decreto-ley para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada”*.

En el supuesto objeto del informe, la entidad contratante es un Ayuntamiento, que de conformidad con el artículo 3 LCSP, tiene la consideración de Administración Pública, por lo que el contrato quedaría excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Sectores Excluidos, siendo aplicable, por tanto, la LCSP.

Finalmente, en concordancia con lo dicho en el apartado primero del presente informe, esta interpretación de incluir en el ámbito de aplicación de la LCSP el suministro de agua a una entidad local por parte de una entidad suministradora, vendría condicionada por su viabilidad jurídica dentro del marco de aplicación de la legislación hidráulica y de su regulación de la concesión y usos del dominio público hidráulico.

3. La segunda cuestión que se plantea en la consulta es la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por inexistencia de competencia por razones técnicas, previsto en los artículos 168.a) 2ª y 170.2 de la LCSP, *“ya que ningún otro operador económico podría prestar el servicio, al ser E.M.A.S.E.S.A. la titular de la concesión de [la] Confederación Hidrográfica del Guadalquivir que permite la gestión del agua procedente de las infraestructuras del municipio colindante que conectan con las del municipio de Burguillos, resultando antieconómico que cualquier otro operador se viera obligado a realizar las infraestructuras necesarias para poder efectuar el suministro.”*

Una vez concluida la aplicabilidad de la LCSP en los términos antes indicados, se analiza a continuación si es jurídicamente viable el procedimiento negociado sin publicidad con un único licitador, como procedimiento de adjudicación para un suministro de agua potable de las características plateadas en la consulta. Para ello ha de



acudirse al artículo 168 de la LCSP, que permite adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación para unos supuestos tasados, entre los que se encuentra, en su apartado a) 2º, el suministro “a un empresario determinado” por una serie de razones, también tasadas, entre las que se encuentra la relativa a “que no exista competencia por razones técnicas”, a la cual alude el Ayuntamiento de Burguillos.

Como se indicó al inicio del presente informe, a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por lo que este órgano consultivo se limitará a facilitar unas indicaciones interpretativas sobre la aplicación del artículo 168 a), apartado 2º, de la LCSP.

El artículo 116.4 a) de la LCSP señala que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente la elección del procedimiento de licitación. Justificación que adquiere mayor relevancia si el procedimiento elegido es el procedimiento negociado sin publicidad previa de un anuncio de licitación.

El punto de partida, por tratarse de una limitación al principio general de la concurrencia, es el de la excepcionalidad en la utilización de los procedimientos negociados sin publicación previa, por alguna de las situaciones de exclusividad objetiva que se tasán en la Directiva 2014/24/UE (artículo 32.2.b) y que se transponen en la LCSP, tal y como se expresa en el considerando 50 de la propia Directiva, siempre que esa situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. (...)

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.

Pese a que el apartado ocho de la disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 modificó la redacción del artículo 168.a)2º de la LCSP, suprimiendo el segundo párrafo de éste, en el que se recogía que “La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicaran cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”, la interpretación del citado precepto debe realizarse de acuerdo a las prescripciones de la directivas europeas expuestas en lo que al procedimiento negociado sin publicidad previa de un anuncio de licitación se refiere en el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE anteriormente transcrito parcialmente y en el propia artículo 32.2.b) de la Directiva.



Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación del Estado ha analizado esta cuestión en distintos informes. Entre ellos, destaca el informe 11/2004 que establece como doctrina *“la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse 'debidamente' en el expediente”*. También interesa traer a colación el informe 35/15, que incide en esta doctrina, aludiendo a los pronunciamientos al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en los que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, la sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, C-385/02, y la de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

Este último informe 35/15 hace referencia al supuesto de que los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque no exista competencia por razones técnicas, aludiendo al artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE y a la jurisprudencia europea, según la cual, este supuesto está subordinado a la concurrencia de dos requisitos, que serían: que existan razones técnicas que lo justifiquen, y que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada. En este sentido, ya el citado informe 11/2004 advertía que la ley no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad de adjudicar el contrato directamente a un empresario, sino que por el contrario, este recurso sólo cabe cuando la ejecución del contrato sólo se pueda encomendar a un único empresario. Añade el informe 35/15 que lo más importante para poder aplicar el procedimiento negociado cuando solo puede encomendarse a un empresario determinado es *“que exista una única empresa capacitada para ejecutar el contrato, no existiendo concurrencia efectiva en este supuesto”*.

En el sentido de la doctrina expuesta se ha pronunciado también el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 196/2019, de 19 de junio, y el Tribunal Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 307/2021, de 5 de marzo.

Para finalizar, debe aclararse que la decisión sobre la concurrencia de la exclusividad por razones técnicas no corresponde a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública, sino que es una potestad propia del órgano de contratación, el cual deberá justificar y acreditar la exclusividad por razones técnicas, lo que puede realizarse mediante un informe técnico en el que se ofrezcan argumentos suficientes como para considerar motivada la concurrencia de una sola empresa.

III.- CONCLUSIONES

1. La relación jurídica entre una empresa pública interlocal suministradora de agua y un municipio no asociado a la misma, cuyo objeto se limita al suministro de agua potable hasta un depósito existente, ya que el servicio de abastecimiento agua potable a domicilio lo presta el propio ayuntamiento, no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 y de la LCSP. Dicha relación tiene la naturaleza jurídica de contrato y se regirá por la LCSP, quedando condicionada por su viabilidad jurídica dentro del marco de aplicación de la legislación hidráulica .

2. Para que el suministro de agua pueda adjudicarse por el procedimiento negociado sin publicidad a una entidad suministradora determinada por no existir competencia por razones técnicas (artículo 168 a) 2º de la LCSP), el órgano de contratación deberá acreditar debidamente en el expediente las justificaciones técnicas que motive la falta de competencia.

Es todo cuanto se ha de informar.