

Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de La Sotonera se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 12 de abril de 2018, del siguiente tenor literal:

«Antecedentes:

1.- El municipio cuenta con unas instalaciones en las que se ubican las piscinas municipales calificadas como bien de dominio público, no patrimonial. En el interior de las mismas (no de forma independiente o aneja) se encuentra una edificación destinada a bar para los usuarios del citado recinto.

2.- Como cada año el Ayuntamiento pretende la licitación de un contrato cuyo objeto sería tanto el mantenimiento y limpieza de las instalaciones de las piscinas y el control del acceso de entrada a las mismas y, por otra parte, el servicio de bar a los usuarios. Para ello el Ayuntamiento pone a disposición del adjudicatario las instalaciones del bar ya amuebladas, aunque él debe instalar otros equipos y mobiliario adicionales (neveras, mesas, etc).

3.- Hasta la pasada anualidad de 2017, el único criterio de adjudicación era el del precio y se adjudicaba a la oferta económica más alta, que no se trataba de un gasto para el Ayuntamiento sino como un ingreso para éste. Este año se introducirán otros criterios adicionales.

a) El Ayuntamiento abona al adjudicatario un porcentaje de la recaudación obtenida por la venta de abonos y entradas a las piscinas municipales.

b) El adjudicatario obtiene íntegramente el beneficio derivado de la explotación el servicio de bar.

5.- En años anteriores, en base al objeto del contrato, similar al explicado, este contrato se calificaba como administrativo especial ya que existía controversia, ya que por una parte se consideraba la existencia de un contrato de servicios de limpieza y mantenimiento de las instalaciones y el control de acceso a las mismas (abonado con el porcentaje de la venta de entradas), y por otro, la explotación del bar, se dudaba de si sería más procedente calificarlo como concesión para la gestión de un servicio o bien como contrato patrimonial de arrendamiento, teniendo en cuenta que no se consideraba que hubiese riesgo empresarial real, pero las instalaciones públicas no tienen carácter patrimonial y por tanto no arrendables, además de tratarse de un servicio público.

6.- En años anteriores, por la cuantía del gasto similar al explicado, el Ayuntamiento consideraba que se trataba de un contrato menor, pues sólo se computaba como gasto el porcentaje de la recaudación de las entradas y los gastos previos de limpieza y puesta a punto de las instalaciones, cuyo importe no llegaba a los 18.000 euros (ni a los 15.000 euros). No se consideraba en el precio el posible beneficio a obtener por la explotación del bar ni el importe del precio base de licitación, mejorado al alza por el adjudicatario, pues no se trata de gastos propiamente dichos para el Ayuntamiento sino ingresos.

7.- Aunque este procedimiento de licitación ya generaba varias dudas legales, con las últimas novedades en la normativa contractual, éstas han aumentado, así, este año, el Ayuntamiento desearía adjudicar el mantenimiento de las instalaciones y la explotación del bar de forma conjunta, sin lotes, ya que se considera que si se dividiesen las actividades (mantenimiento y venta de entradas por una parte y explotación de bar por otra) por sus cuantías no habría interesados y

sería material y económicamente inviable ofrecer el servicio ambas actividades por separado.

En base a las circunstancias descritas,

SE SOLICITA que se aclaren las siguientes dudas, planteadas previamente a la tramitación del procedimiento de contratación, además de cualquier otra cuestión que a su juicio fuera conveniente solventar.

PRIMERA.- Como debería calificarse el contrato, ¿patrimonial atendiendo a la relación de ingresos y gastos, administrativo de servicios, atendiendo a la falta de riesgo operacional? o, en su caso, ¿qué otra calificación sería posible, considerando que se trata de un servicio público y las instalaciones son demaniales?.

SEGUNDA.- Para determinar el valor estimado y el precio del contrato, qué cuantías deberían tenerse en cuenta ¿los gastos que genera para el Ayuntamiento la puesta en marcha de las instalaciones previa a la licitación? ¿el porcentaje de la venta de entradas destinado a remunerar al adjudicatario? ¿algún otro concepto no mencionado?

TERCERA.- ¿Sería posible licitar el objeto del contrato descrito sin dividirlo en lotes?

CUARTA.- ¿Sería posible exigir alguna garantía a los licitadores, considerando que en la Ley de Contratos del Sector Público no se prohíbe expresamente respecto a los contratos menores?».

La Alcaldesa de Monreal de Ariza se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de 10 de mayo de 2018, del siguiente tenor literal:

«Calificación jurídica del Contrato de explotación del bar de las piscinas municipales conforme a la nueva LCSP

Tras la lectura del Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 17 de mayo de 2017 (Recurso núm. 136/2017, Resolución núm. 153/2017), nos surgen varias dudas respecto a la calificación que debe tener un contrato como el de explotación del bar de las

piscinas municipales, siendo extensible a bares, cafeterías, restaurantes, hoteles y análogos ubicados en otros edificios de titularidad municipal.

El Acuerdo descarta la calificación como contrato administrativo especial de este tipo de contratos visto su carácter meramente residual y vista la posible inclusión del mismo en alguno de los otros tipos contractuales existentes.

De conformidad con el citado Acuerdo, debemos calificar el contrato como concesión de servicios siempre que la contraprestación no consista en un precio, sino en el derecho a explotar un servicio, y siempre que se produzca una transferencia del riesgo.

A la vista de todo cuanto se ha expuesto, se desea conocer el criterio de esa junta Consultiva, en relación con las cuestiones que se relacionan, sobre las que se solicita INFORME:

Primera.- ¿no cabría en ningún caso la calificación como contrato de servicios, tal y como venían estableciendo los Informes de la JCCA de Aragón 19/2008, de 4 de septiembre, 19/2011, de 6 de julio y Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (nombrados en el referido Acuerdo)? ¿cabría la posibilidad de tramitarlo como una concesión administrativa para uso privativo destinado a la explotación de bar en caso de tratarse de un bien demanial o de un contrato privado de arrendamiento de local de negocio en caso de tratarse de un patrimonial? En definitiva ¿cual sería la calificación jurídica correcta de este tipo de contratos?.

Segunda.- Por último, en el caso de que además de la explotación del bar de las piscinas municipales el objeto contractual incluyese la prestación de servicios tales como el de limpieza, cloración y expedición de entradas (a título meramente ejemplificativo) ¿cómo se calificaría el contrato: mixto, concesión de servicio, etc.?.

Por todo ello y de conformidad con el Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento y en relación con el artículo 8, es por lo que Solicitamos el mencionado informe».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 30 de mayo de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

De las solicitudes de informe pueden deducirse determinadas cuestiones de alcance general relacionadas con los tipos contractuales aplicables en la licitación de este tipo de actividades conforme a 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 (en adelante, LCSP).

Los órganos de gobierno de las Entidades Locales Aragonesas, en el ámbito de sus competencias, a través de su Alcalde o Presidente, son órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del citado Decreto 81/2006.

Dada la similitud de las consultas formuladas, las cuestiones planteadas se responden conjuntamente por medio del presente informe.

II. Cuestiones consultadas y contenido de presente informe

Las entidades consultantes formulan una serie de cuestiones que, si bien similares, no son completamente coincidentes y que conviene explicitar con el fin de delimitar el objeto del presente informe.

La primera y evidente cuestión es sobre el tipo contractual que haya de aplicarse a un contrato cuyo objeto sea la gestión del bar y cafetería de una piscina municipal, asumiendo también determinadas funciones de control, mantenimiento y limpieza de las instalaciones. En este sentido, podría tratarse de un contrato patrimonial, al que no resultaría aplicable la LCSP en virtud de lo previsto en el art. 9 del propio texto legal. Dentro del ámbito de aplicación de la LCSP deberá examinarse si contratos con tal objeto podrían considerarse contratos administrativos especiales, contratos de servicios o, finalmente, concesiones de servicios, de acuerdo con el régimen jurídico actual.

Directamente condicionadas por la respuesta que se dé a la cuestión anterior están otras dos cuestiones: si podría emplearse el procedimiento de contrato menor para la adjudicación, si sería preceptiva la división en lotes o sería posible la licitación conjunta de los servicios referidos y, finalmente, si podría exigirse al contratista la prestación de una garantía.

III. Sobre una posible calificación como contrato patrimonial

De acuerdo con el art. 9 LCSP, este texto legal no se aplica a las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial, tanto si se trata de autorizaciones o concesiones de dominio público, como de contratos privados como el de arrendamiento sobre bienes inmuebles. En consecuencia debe examinarse si la cesión de bienes inmuebles de titularidad municipal a cambio de precio en metálico y prestaciones de hacer (custodia, mantenimiento, limpieza y otros análogos) en relación con el funcionamiento de una piscina municipal.

Las «instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre» son objeto de una competencia propia de los municipios, de acuerdo con el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Es más, aunque no sea el caso de ninguno de los municipios consultantes, debe recordarse que la gestión de «instalaciones deportivas de uso público» constituye un servicio de prestación obligatoria en los municipios con población superior a 20.000 habitantes (art. 26.1, c). En consecuencia, la gestión de las

instalaciones deportivas, entre las que claramente se encuentran las piscinas municipales, tiene una innegable naturaleza pública. No obstante, dista de estar clara a primera vista la naturaleza de los contratos con objetos análogos a los descritos en las consultas formuladas, es decir, contratos que comportan tanto prestaciones de hacer que benefician a la propia Administración o a terceros, como la utilización del patrimonio público.

El artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP), que es de aplicación supletoria a las Entidades locales en virtud de lo dispuesto en su Disposición final segunda, permite expresamente la ocupación por particulares de espacios en edificios administrativos:

«La ocupación por terceros de espacios en los edificios administrativos del patrimonio del Estado podrá admitirse, con carácter excepcional, cuando se efectúe para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en ellos o al público visitante, como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos, o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos».

Tal ocupación podrá estar amparada mediante una autorización (instalaciones desmontables) o concesión (instalaciones fijas) o eventualmente por un contrato administrativo que permita la ocupación, al que se aplicará la legislación contractual.

En virtud del artículo anteriormente citado y del art. 90 LPAP que lo desarrolla, la autorización demanial se utiliza regularmente para legitimar la ocupación por terceros de espacios en inmuebles de titularidad administrativa con el fin de prestar servicios a los empleados públicos o a los visitantes, siendo las cafeterías un ejemplo frecuente. No obstante, en otros casos la ocupación tiene carácter accesorio a un contrato administrativo, que constituye el título habilitante que la legitima, en cuyo caso no será de aplicación la legislación patrimonial, sino la normativa de contratación pública.

En ocasiones puede resultar problemático deslindar uno y otro supuesto y, en consecuencia, decidir si debe procederse a aplicar la legislación contractual o la patrimonial.

Como ha señalado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo de 2017, en la calificación de un contrato es fundamental la causa del negocio como elemento delimitador. En este sentido, para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial debe atenderse a la prevalencia de la obtención de un interés público o finalidad pública frente al interés privado en la explotación de un negocio o realización de una actividad que requiera la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración. En este sentido, la existencia de un fin público que trascienda el puramente patrimonial llevará necesariamente a calificar la relación como contractual: será la finalidad perseguida por la Administración y la causa expresada lo que llevará a calificar una relación jurídica como contrato público o como negocio jurídico patrimonial.

Con un contrato público se persigue una finalidad pública, siendo el interés público en un mejor servicio el elemento prevalente, aunque el destinatario (y pagador) sea un usuario privado. Por el contrario, en un negocio patrimonial el interés público residirá en la contraprestación patrimonial, siendo el elemento más característico el interés privado en una actividad, generalmente lucrativa, que requerirá de la cesión del uso de un bien inmueble público para su utilización privativa en beneficio del particular que lo ocupa.

Ante la utilización por un privado de un bien dominical de una Administración pública hay que analizar si la actividad que vaya a realizarse puede considerarse como prestación de servicios con finalidad pública, o como utilización privativa de un bien de la Administración con un fin privado.

En consecuencia, estaremos ante un contrato administrativo si el fin es público, aunque el destinatario directo del servicio sea un tercero, empleados públicos o usuarios, en la medida en que la finalidad sea una mejor prestación del servicio

público. La identificación de la causa del contrato –elemento esencial del mismo- con un fin público, como sucede cuando la prestación esté directamente vinculada a la prestación de un servicio público, determinará la calificación como contrato administrativo.

Un elemento característico en tales casos es que el negocio jurídico no se limite a autorizar el uso privativo de un local de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho para la realización de una actividad económica, sino que la Administración titular regule el ejercicio de la actividad a desarrollar, estableciendo las condiciones de la prestación, especificando los servicios a ofrecer, el horario de apertura, haciendo coincidir los días de apertura con los de las instalaciones públicas en cuyo seno se sitúa, regulando la limpieza de las instalaciones, etc.

En tales casos resulta evidente que la Administración no está persiguiendo únicamente una rentabilidad económica al permitir la ocupación de un espacio disponible en instalaciones públicas, sino que considera necesario fijar las condiciones mínimas de prestación de los servicios a los usuarios. Aunque el destinatario mediato de los servicios de restauración sean los usuarios que libremente decidan hacer uso las mismas, el beneficiario último de la actividad y los servicios prestados es el propio Ayuntamiento, que busca prestar un mejor servicio público deportivo y de ocio.

En el Derecho comunitario pueden encontrarse razones que apoyan la argumentación anterior. En este sentido, utilizando un criterio coincidente con el expuesto, en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la no contratación de servicios específicos, estableciendo únicamente condiciones generales de utilización de los bienes públicos, supondría la no aplicación de la figura del contrato de concesión, de acuerdo con el fundamento 15 de la Directiva citada:

«Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con

arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que *el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos*. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen *condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario*».

En sentido concurrente, en el fundamento 14 de la misma Directiva se establece como criterio determinante de la naturaleza no contractual cuando «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios», mientras que la naturaleza mutuamente vinculante de la actividad y prestaciones sería un indicio de la naturaleza contractual.

En consecuencia, debe entenderse que negocios jurídicos en virtud de los cuales el contratista privado asume la gestión de un bar o cafetería en una piscina municipal, con calendario y horarios predeterminados de carácter obligatorio y prestaciones específicas, no puede considerarse un contrato patrimonial excluido de la aplicación de la LCSP en virtud de lo dispuesto en el art. 9. Esta conclusión se ve reforzada si el contratista, junto con la gestión de la cafetería, asume funciones de control de accesos, mantenimiento, limpieza de las instalaciones de la piscina y otros análogos.

IV. Sobre una posible calificación como contrato administrativo especial

La delimitación de los tipos contractuales y la calificación de los contratos están condicionadas por las definiciones que hacen las Directivas 2014/23/UE de concesiones, y 2014/24/UE, de contratación pública.

Los contratos administrativos especiales están recogidos en el art. 25.1 LCSP, de acuerdo con el cual:

«1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. [...]

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y *aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella*».

Es una definición negativa, puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición a los contratos típicos (contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios): la calificación como contrato administrativo especial precisa descartar previamente la posibilidad de inclusión en alguno de los tipos contractuales regulados en las directivas de contratación y en la LCSP.

Contratos como los que son objeto de consulta han sido en el pasado considerados contratos administrativos especiales.

Durante la vigencia de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado calificó en varias ocasiones como como contrato administrativo especial aquellos en los que la prestación del adjudicatario, aunque relacionada con el giro o tráfico de la Administración contratante, no beneficiaba directamente a ésta sino a un tercero, consistiendo la retribución de los precios satisfechos por los usuarios, no a cargo de la Administración, además de asumir el contratista el riesgo económico derivado de la prestación del servicio. Una primera muestra de ello puede encontrarse en el Informe de 7 de marzo de 1996:

«... hay que entrar en el examen del alcance que, respecto a la legislación anterior, tiene la nueva caracterización de los contratos administrativos especiales, ya que si bien el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 7 del Reglamento General de Contratación del Estado

consideraban contratos administrativos especiales aquellos declarados de tal carácter por una Ley, los directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o lo que revistiesen características intrínsecas que hiciesen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato y el artículo 5.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera de tal carácter - administrativo especial- los declarados por una Ley, los vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante y los que satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración, la diferencia, si existe, es para ampliar el campo de los contratos administrativos especiales, pues la "vinculación" al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate.

En este sentido es perfectamente mantenible, después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, *el criterio expresado por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995 que, respecto a un contrato para la prestación del servicio de cafetería en una Residencia sanitaria, descarta su calificación como contrato privado y lo califica como administrativo* en base a que la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa se refiere a contratos cualquiera que sea su naturaleza jurídica "cuando tuviesen por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, entendido el concepto en la acepción más amplia para abarcar cualquiera actividad que la Administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia" ...»

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado iría perfilando más su posición en informes posteriores. Dada la asunción del riesgo de la actividad por el contratista, pero no siendo posible su calificación como gestión de un servicio público, por poder calificarse como tal la actividad, en el Informe 67/1999, de 6 de julio, califica como administrativo especial los contratos de explotación de cafetería y comedor en hospitales públicos, aunque algunas otras actividades (maquinas expendedoras o cajeros automáticos) puedan

entrar en el ámbito del contrato patrimonial. En la primera de sus conclusiones, la Junta del Estado señala:

«Que reiterando criterios anteriores los servicios de cafetería y comedor, televisión y teléfono en habitaciones deben configurarse como contratos administrativos especiales cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Esta calificación, indudablemente correcta en su momento, no puede mantenerse en la actualidad. Esta Junta Consultiva, a la vista de la redacción al art. 10 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se consideraban «contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II». A juicio de esta Junta Consultiva, esto suponía una ampliación del concepto del contrato de servicios, abarcando supuestos que con anterioridad se consideraban de gestión de servicios públicos o administrativos especiales. En su Informe 19/2008, de 4 de septiembre, esta Junta Consultiva señaló, al informar los correspondientes pliegos de la Universidad de Zaragoza, que los contratos de bar, cafeterías y restaurantes habían de calificarse como de servicios:

«Una primera observación de carácter sustantivo es que de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría del contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos. Esto supone un evidente cambio frente a la regulación anterior donde estas prestaciones sí merecían la consideración de contrato administrativo especial (informes de la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de julio de 1991 (expediente 14/91), de 7 de marzo de 1996 (expediente 5/96), de 6 de julio de 2000 (expediente 67/99) y de 29 de junio de 2006 (expediente 24/05) que sentaban la conclusión de que «reiterando

critérios anteriores los servicios de cafetería y comedor deben configurarse como contratos administrativos especiales»).

Estamos, por tanto, ante prestaciones que deben ser calificadas como contratos de servicios. En este sentido no debe olvidarse que entre la relación de categorías de contratos de servicios que enumera el Anexo II LCSP, al que remite el artículo 10 de la misma Ley, se encuentra la categoría 17 «*Servicios de hostelería y restaurante*», con número 64 de referencia CPP, y números de referencia de 55000000-0 a 55524000-9, y de 93400000-2 a 93411000-2 del Reglamento (CE) 213/2008, por el que se modifica el Reglamento 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo que aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), que entrará en vigor el 15 de septiembre de 2008. Referencias que, en este caso, sirven para definir el ámbito de aplicación de la directiva comunitaria en relación con los contratos de servicios».

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, afirmando que un contrato de bar y cafetería debe calificarse como de servicios.

Por otra parte, el carácter residual del contrato administrativo especial de ha acentuado incluso en la vigente LCSP, pudiendo calificarse como tales únicamente supuestos muy específicos, como podría ser alguno de los regulados en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en cuyo art. 9.4 se prevé la posibilidad de utilizar la fórmula del contrato administrativo especial para garantizar los enlaces marítimos de la península con Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla.

IV. Sobre una posible consideración como contrato de servicios

Una primera perspectiva a examinar sería la del Derecho comunitario. En la definición del contrato de servicios contenida en el artículo 2.1, 8) de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, ya no se enumera una relación de prestaciones que pueden considerarse servicios, sino que se da a este tipo contractual un contenido residual: son «los contratos públicos cuyo objeto sea

la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6», siendo este punto 6 el relativo a los contratos públicos de obras. En consecuencia, en principio las prestaciones que no puedan subsumirse en la descripción del objeto de los «Contratos públicos de obras» (punto 6) o, lógicamente, de los «Contratos públicos de suministro» (punto 8), entrarían en la definición, negativa, de los «Contratos públicos de servicios» (punto 9). De acuerdo con esta definición, en una primera aproximación sería posible incluir un contrato de bar y cafetería en la definición del contrato de servicios de los descritos en el artículo 2.1, 9) de la Directiva 2014/24/UE. Se trata de una prestación de hacer consistente en la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro.

Ciertamente, hay diversos pronunciamientos de órganos consultivos (como el ya citado Informe 19/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón) que se han decantado por la calificación de los negocios jurídicos que implican cesión de dominio público para la instalación de cafetería como contratos administrativos de servicios, pero tal calificación jurídica se hacía al amparo de la regulación de las modalidades contractuales contenida en la Directiva 2004/18/CEE (y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), no existiendo en ese momento regulación de la concesión de servicios como tipo contractual. Sin embargo, la delimitación conceptual de los contratos públicos ha variado sustancialmente con la ya citada Directiva 2014/24/UE, que amplía el ámbito de los contratos de servicios, y con la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que define y regula los contratos de concesión de servicios.

En el art. 17 de la vigente LCSP se hace una definición del contrato de servicios acorde con el Derecho comunitario:

«Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el

adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

También en consonancia con la nueva regulación comunitaria del contrato de concesión de servicios, su definición se introduce en el Derecho interno por medio del art. 15 LCSP:

«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».

Como consecuencia de la nueva regulación, existen datos jurídicos que llevan a desechar la aplicación del tipo contractual de contrato de servicios a los contratos de bar o cafetería situados en instalaciones o edificios públicos, con las características descritas en las consultas recibidas. Primero, no se prevé que la Administración pública abone ningún precio al contratista como contraprestación de los servicios que éste presta, sino que será el adjudicatario el que deberá pagar una determinada cantidad al Ayuntamiento. La remuneración del contratista derivará de los rendimientos que pueda obtener de la explotación de los servicios de cafetería y restaurante que se presten a los usuarios de las piscinas municipales, con las prestaciones y en los horarios y condiciones que se establezcan por la Administración, pero a través de los precios que le paguen esos usuarios. Segundo, la Administración no garantiza una rentabilidad mínima a la contratista, cuya la remuneración del contratista queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio, asumiendo el correspondiente riesgo. En resumen, como ha señalado el Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su ya citada Resolución 153/2017: «El precio en los contratos de servicios consiste en el derecho a percibir una contraprestación económica. El precio de las concesiones de servicios es el derecho de explotar el mismo con los fines mencionados en el pliego».

V. La calificación como contrato de concesión de servicios.

Hasta tiempos relativamente recientes, la diferenciación entre los tipos contractuales de contrato de servicios y de contrato de concesión de servicios dependía de que la prestación pudiera calificarse como servicio público (con referencia a diversos servicios de titularidad municipal, pueden consultarse los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 27/2002, de 23 de octubre, 28/2007, de 5 de julio, o 10/2007, de 26 de marzo, entre otros muchos). La superación de este criterio ha venido de la mano de la jurisprudencia comunitaria, que sitúa el criterio fundamental de distinción entre el contrato de servicios y la concesión en la transferencia del riesgo, conjuntamente con que el pago provenga de los usuarios del servicio o beneficiarios de la prestación. Este criterio de origen jurisprudencial ha sido incorporado por la ya citada Directiva 2014/23/UE y por la vigente LCSP.

El Tribunal de Justicia ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador provinieran directamente de los usuarios o beneficiarios de la prestación del servicio, generando con ello un riesgo para el contratista. En la STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, asunto C-458/03, sobre la adjudicación de un aparcamiento público en el que la retribución del contratista consiste en las cantidades abonadas por los usuarios del aparcamiento, se afirmaba:

«40. En [...] la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. *Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos.* Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal

no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos».

En paralelo, el Tribunal de Justicia prescinde de la calificación jurídica del servicio que constituya el objeto del contrato. En este sentido, en la STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-126/03, se considera irrelevante a efectos de la sujeción a las directivas de contratación (las concesiones estaban excluidas) que el contrato cumpla una función de interés general, calificó como contrato de servicios un contrato cuyo objeto era el transporte de residuos, afirmando lo siguiente (fundamento 18)

«... según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32]».

En el mismo sentido la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión c. Italia, asunto C-382/05, sobre la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas en Sicilia como contratos públicos de servicios sujetos a la Directiva 92/50/CEE y no como concesiones, afirmando la irrelevancia de que «el tratamiento de residuos sea de interés general» (fundamento 43), concepto de Derecho comunitario que es equivalente al de servicio público en el Derecho interno.

En consecuencia, para el Tribunal de Justicia, sin retribución por el usuario y traslación de riesgo al contratista no hay concesión, sino contrato de servicios. En este sentido la Sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse SA y otros c. INGESA, asunto C-234/03, respecto a varios contratos de gestión de servicios públicos convocados por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (anteriormente INSALUD) para la prestación de servicios sanitarios de terapias

respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, que son calificados como contratos de servicios (fundamento 22):

«Con carácter previo, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el asunto principal parece referirse a un contrato público de servicios y no a un contrato de gestión de servicios calificado de concesión. En efecto, como afirmó el Insalud en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la *inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio* respaldan la citada conclusión».

Como ha declarado el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, apartado 71, una concesión de servicios se caracteriza por la transferencia del derecho de explotación de un servicio determinado por un adjudicador a un concesionario, con una cierta libertad económica y quedando suficientemente expuesto a los riesgos vinculados a esa explotación. En el mismo sentido la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, asunto C-206/08, fundamento 72:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, *esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios* (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio».

En cuanto al concepto de riesgo que se está manejando, es relevante la STJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, asunto C-274/09, apartados 37 y 38:

«37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado* (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser,

apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la *competencia* de otros operadores, el riesgo de un *desajuste entre la oferta y la demanda* de los servicios, el riesgo de *insolvencia de los deudores* de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los *ingresos no cubran íntegramente los gastos* de explotación o incluso el *riesgo de responsabilidad* por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio [véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74].

38. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, *son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios»*

En el mismo punto se insiste en la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, asunto C-348/10, apartados 48 y 49, cuando señala, con cita expresa de la anterior, que «el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado».

Trasladando lo anterior a la terminología jurídica española, como dice la Resolución de 17 de febrero de 2014, núm. 32/2014, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid:

«El concepto de riesgo de explotación económica del servicio se concreta como aquel riesgo que asume el contratista que excede del que como consecuencia del principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos, que establece el artículo 215 del TRLCSP, debe soportar el contratista. Por el contrario el riesgo de explotación es el que tiene lugar por estar sometido el contrato a las incertidumbres del mercado por nuevas tendencias de éste o el riesgo de demanda que se produzca por un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios por variaciones que puedan producirse o que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación».

La figura tiene actualmente formulación legal, en la que constituye la plasmación de la evolución expuesta, en el art. 15 LCSP:

«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».

La exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado o «riesgo operacional», como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio, parece darse en los casos objeto de consulta, dado que se debe considerarse que existe riesgo de demanda, puesto que la utilización del servicio de bar y cafetería no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones, ni las instalaciones de la piscina como tales tienen un número garantizado de usuarios y existen unos mínimos e inevitables gastos de personal. Muy probablemente, como es usual en este tipo de contratos, existirán unos servicios mínimos de oferta de menú y otros productos de cafetería a ofrecer obligatoriamente a precios determinados, horarios predeterminados, riesgo impagos de los usuarios. En consecuencia, no están garantizados ni siquiera los ingresos suficientes para el pago del canon, pudiendo producirse pérdidas y sin que el adjudicatario pueda renunciar a la prestación del servicio, que estará obligado a realizar en las condiciones establecidas durante el tiempo de vigencia del contrato, por lo que puede afirmarse que hay transferencia de riesgo operacional al contratista.

Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012, a propósito de la instalación de bares-cafeterías en inmuebles de titularidad municipal dedicados a centros socioculturales, en que la retribución del contratista consistía en el derecho a la explotación del servicio por el contratista:

«Esta modalidad contractual encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio, previstos en las Directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los contratos de servicios es precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la prestación del servicio».

Con la entrada en vigor de la LCSP, la legislación nacional está plenamente alineada la comunitaria en este punto. El régimen del contrato de concesión de servicios deriva en la actualidad de los art. 284 a 297 LCSP. En cuanto a la duración del contrato, de acuerdo con el art. 29.6 LCSP la regla general es que la vigencia máxima del mismo será de cinco años, aunque será posible acordar una duración mayor si fuera necesario para que el concesionario recupere las inversiones necesarias para el ejercicio de la actividad.

En consecuencia, es la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan de los usuarios y que exista transferencia de riesgo lo que configura el tipo contractual de la concesión de servicios. Por tanto, la misma calificación correspondería a un contrato que abarcase la gestión de las instalaciones de la piscina municipal, comprendiendo en su caso el bar-cafetería, si se diesen esos dos elementos.

VI. La inviabilidad de la adjudicación como contrato menor

El de contrato menor es un procedimiento de adjudicación directa de determinados contratos. De acuerdo con el art. 118.1, párrafo primero, LCSP:

«Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal».

En consecuencia, este procedimiento no es susceptible de ser utilizado para la adjudicación de concesiones de servicios, con independencia de la cuantía.

VII. Cálculo del valor estimado del contrato

De acuerdo con el art. 101.1, b) LCSP:

«1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue: [...]

b) En el caso de los contratos de concesión de obras y de *concesión de servicios*, el órgano de contratación tomará el *importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido*, que según sus *estimaciones*, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios».

Este precepto no es un creación original del legislador español, sino que está relacionado con la previsión del artículo 8 de la ya citada Directiva 23/2014, de concesiones, de acuerdo con la cual: «*el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios*».

Por otra parte, esta regulación es plenamente concordante con lo que venían afirmando los órganos consultivos competentes en materia de contratación administrativa. En este sentido, en el ya citado Informe 25/2012, de 20 de noviembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se afirmaba lo siguiente:

«La aplicación de los citados artículos debe realizarse atendiendo al peculiar sistema de retribución previsto para este contrato, consistente, no en un pago por parte de la Administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación de un servicio, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio.

En su virtud, para el cálculo del valor, debería computarse *el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede de utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las*

aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego».

Ese criterio de la Junta del Estado fue expresamente asumido por este órgano consultivo en nuestro Informe 13/2014, de 7 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el valor estimado de los servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares. Esta Junta consultiva concluía que «no es posible, por tanto, considerar que en este tipo de contratos pueda considerarse un valor estimado cero o negativo, aunque el precio a satisfacer por el ente contratante sí lo pueda ser. En consecuencia, debe computarse, para el cálculo del valor estimado del contrato, [...] el valor total del negocio».

Debe recordarse que el valor estimado del contrato, que es el relevante a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales, como se acaba de señalar, es independiente de conceptos como el presupuesto de licitación, que vendrá determinado por el precio a abonar al contratista, o por el contratista si existe un canon, durante el plazo inicial del contrato, sin incluir prórrogas ni modificaciones previstas, en el que figurará, como partida independiente el Impuesto sobre el Valor Añadido, o el presupuesto del contrato, que es el importe máximo limitativo del compromiso económico para la Administración, que debe ser objeto de la autorización del gasto.

VIII. Posibilidad de exigencia de garantía al contratista

La prestación de una garantía definitiva por el licitador cuya oferta sea seleccionada es la regla general, de acuerdo con lo establecido en el art. 107 LCSP. Ciertamente, se prevé la posibilidad de exención de la prestación de esa garantía con carácter general y específicamente para determinados supuestos, aunque ninguno de los cuales se refiere a contratos como los que han sido objeto de consulta.

En el caso de las concesiones de servicios no se aplicará la regla general, que establece esa garantía en un 5 por 100 del precio final ofertado, sino que deberá ser determinado ad hoc por el órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, «en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate» (LCSP art. 107.4).

IX. Posibilidad de licitación sin división en lotes.

La división en lotes es el principio o regla general «siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan», de acuerdo con el art. 99.3 LCSP. No obstante, incluso cuando la división en lotes sea físicamente posible, se trata de una regla susceptible de excepciones: «el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente», se señala la misma norma. En la propia LCSP se señalan, de forma no exhaustiva, la posibilidad de que la división restrinja indebidamente la competencia o genere dificultades para la correcta ejecución del contrato. En consecuencia, estas u otras razones, como la inviabilidad económica de todos o alguno de los lotes, que deberá consignarse de forma explícita, permiten que el órgano de contratación adopte la decisión de licitar conjuntamente objetos conexos en un sólo contrato.

III. CONCLUSIONES.

- I. En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como

las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.

- II. El régimen jurídico de los contratos administrativos relativos a bares o cafeterías en edificios o instalaciones públicas ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y en el nacional. En la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.
- III. Los contratos de concesión de servicios no son susceptibles de adjudicación directa conforme a la tramitación prevista para los contratos menores de obras, suministros o servicios.
- IV. El valor estimado del contrato no se establece en función del canon a pagar por el contratista o de una eventual subvención al funcionamiento a aportar por la Administración, sino en función del valor del negocio, lo que obliga a estimar el volumen de facturación, por el tiempo previsto de duración del contrato, más las eventuales aportaciones de la Administración en suministros eléctricos u otros.

Informe 13/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 30 de mayo de 2018.