



Junta de Andalucía

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, HACIENDA Y FONDOS EUROPEOS

Dirección General de Contratación
Comisión Consultiva de Contratación Pública

INFORME 4/2023, DE 17 DE MARZO DE 2023, SOBRE SOMETIMIENTO A LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, TIPOLOGÍA DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS O SERVICIOS, Y EVENTUAL NECESIDAD DE SOLICITAR INFORME A LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde – Presidente del Ayuntamiento de Antas solicita informe a esta Comisión en los siguientes términos:

“Como así les consta, el ayuntamiento tiene dos edificios propios uno de ellos destinado a centro de tercera edad y el otro a escuela infantil El ayuntamiento tiene firmados Convenios con la junta por la que nos cede la gestión de dichos servicios. El ayuntamiento recibe un dinero establecido por la junta y ahora procede contratar dichos servicios de acuerdo con la Ley de Contratos. El dinero que recibimos cubre el servicio básico, no obstante el ayuntamiento tiene unos costes también, suministros, limpieza y otros gastos.

Primera cuestión.- Afección o no de los servicios proyectados a la sostenibilidad financiera y estabilidad.

La Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía regula en su artículo 9 las Competencias municipales, que en lo que hace a los servicios objeto de consulta, se circunscriben:

En materia de:

«3. Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:

- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.
- b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.
- c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial».

No incluye, por tanto, la gestión de un centro de tercera edad.

«20. En materia de educación:

- a) La vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.
- b) La asistencia a la consejería competente en materia de educación en la aplicación de los criterios de admisión del alumnado en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.
- c) La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de segundo ciclo de educación infantil, de educación primaria y de educación especial, así como la puesta a disposición de la Administración educativa de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos.
- d) La cooperación en la ejecución de la planificación que realice la consejería competente en materia de educación y en la gestión de los centros públicos escolares existentes en su término municipal».

Tampoco la gestión de la escuela.





Por lo tanto, es de aplicación lo previsto en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LRBRL, que dispone que las entidades locales:

«pueden ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias».

A tal efecto es de aplicación lo dispuesto en el artículo 2 del *Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, que regula, precisamente, los Informes para el ejercicio por parte de las entidades locales de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, precisando que:

«1. Cuando la Comunidad Autónoma deba emitir los informes relativos a la inexistencia de duplicidades y a la sostenibilidad financiera, previstos en el artículo 7.4 de la LRBRL, para el ejercicio de nuevas competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, se procederá del modo siguiente:

a) En primer lugar, la entidad local solicitará el informe sobre la inexistencia de duplicidades o de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración, que se emitirá por la Consejería competente por razón de la materia.

b) Una vez notificado el informe anterior, en caso de ser favorable, solicitará el informe sobre la sostenibilidad financiera, que se emitirá por la Consejería que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales.

2. Los informes previstos en el apartado anterior deberán solicitarse por la entidad local con carácter previo al inicio del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, así como en los supuestos de modificación sustancial de las actividades o servicios que se vengán llevando a cabo o prestando, enmarcados en el ejercicio de dichas competencias, que pudiesen provocar la existencia de duplicidades en su prestación o afectar a la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local».

Por lo tanto, la afección o no, de los servicios proyectados a la sostenibilidad financiera y estabilidad será puesta de manifiesto en el informe sobre la sostenibilidad financiera, que se emitirá por la Consejería que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales.

¿Sería preciso realizar la tramitación a que se hace referencia en este apartado? Obtener informes etc.

Segunda cuestión.- ¿ estamos ante un contrato de servicios públicos o de concesión de servicios públicos?.

Contrato de Servicios. Conforme al artículo 116.4 f) 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, el informe de insuficiencia de medios es exigible en los contratos de servicios, no en los de concesión de servicios.

Solo estaremos ante un contrato de concesión de servicios, cuando de acuerdo con el artículo 15, en relación con el 14.4, ambos de la LCSP, el contratista asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los



costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.

Estaremos ante un contrato de concesión de servicios, cuando de acuerdo con el artículo 15, en relación con el 14.4, ambos de la LCSP, el contratista asume un riesgo operacional.

Si el contratista no asume el riesgo de demanda, estaremos ante un contrato de servicios y no de concesión de servicios, y, será innecesario el estudio de viabilidad, que debe elaborar la entidad mediante su propio personal o contratar su elaboración mediante el oportuno contrato de servicios.

El contenido del estudio de viabilidad nos lo proporciona el artículo 247 de la LCSP, que, incardinado dentro de la regulación del contrato de concesión de obras, es de aplicación supletoria al contrato de concesión de servicios de acuerdo al artículo 297 de la LCSP.

Si el contratista va a percibir una retribución bien del ayuntamiento, que a su vez este recibe de la Junta y de los propios usuarios (que es simbólica y no sufraga el servicio), sin asumir el riesgo de demanda, estaremos ante un contrato de servicios y no de concesión de servicios, y, por lo tanto, será innecesario el estudio de viabilidad, que debe elaborar la entidad, bien mediante su propio personal, bien contratando su elaboración mediante el oportuno contrato de servicios.

En atención a lo expuesto ¿Estamos ante un contrato de servicios o de concesión de servicios?

Tercera cuestión.- Sobre el Informe preceptivo por parte de la Oficina Nacional de Evaluación

La Oficina Nacional de Evaluación (ONE) tiene descrito su ámbito objetivo de actuación en el artículo 333 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), desarrollado mediante Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación (Orden ONE). Siguiendo dicha normativa y en particular el artículo 7 de la Orden ONE, esta Oficina evacuará informe preceptivo con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que cumplan las características establecidas legalmente, entre otras, cuando se realicen aportaciones públicas (con independencia del origen de éstas) a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.

Visto lo expuesto y si se considera que estamos ante un contrato de concesión de servicio público.

¿Consideran necesario el Informe preceptivo por parte de la Oficina Nacional de Evaluación?

Dado que el ayuntamiento no tiene medios ¿Ustedes hacen pliegos, administrativo y técnico y estudio de viabilidad?"

II - INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), 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 el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

Al respecto cabe señalar que no le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales con respecto a las licitaciones que



proyecte, ni en concreto, analizar si, por las razones expuestas, se trata de un contrato de de servicios o de concesión y si es preceptivo requerir informe de la Oficina Nacional de Evaluación.

1.- El Alcalde-Presidente de Antas solicita informe sobre una serie de cuestiones con ocasión de la preparación de dos contratos en sendos edificios que son de su propiedad. Uno de los locales se destinará a centro de personas de la tercera edad y el otro a escuela infantil, contando con el apoyo financiero de la Administración de la Junta de Andalucía para soportar los gastos derivados de la contrataciones de las futuras adjudicatarias.

2.- La primera de las consultas versa sobre si sería preceptivo requerir el informe sobre la sostenibilidad financiera, previsto en el artículo 2 del Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

La Comisión de Contratación Pública de Andalucía es el órgano colegiado consultivo específico en materia de contratación administrativa de la Junta de Andalucía al que pueden consultar las entidades integrantes de la Administración Local (artículo 1 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa.) La consulta evacuada versa sobre una cuestión ajena a la materia contractual, por lo que no procede realizar pronunciamiento alguno sobre esta cuestión.

3.- La segunda cuestión va referida a la calificación de los contratos: servicios o concesión de servicios .

La LCSP define en su artículo 17 los contratos de servicios como 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, marcando como límite, que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Puede apreciarse que se define el contrato de servicios de forma residual, de forma que cualquier prestación de hacer que no encaje en los conceptos de contrato de obra o suministro ha de ser calificada como contrato de servicios.

Por su parte, el artículo 15 de la LCSP define el contrato de concesión de servicios como 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 contraprestación venga constituida, bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El segundo apartado de este artículo, señala que el derecho de explotación de los servicios debe implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados para el contrato de concesión de obras en el apartado cuarto del artículo 14 de la propia LCSP. Siguiendo este último precepto, la transferencia al concesionario del riesgo operacional en la explotación de un servicio debe abarcar el riesgo de demanda o de suministro, o ambos, entendiendo por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real del servicio objeto del contrato y el riesgo de suministro el relativo al suministro de los servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. Además, en virtud del apartado cuarto de este mismo artículo: *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que*



sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”

El contrato de concesión de servicios se construye sobre la base del objeto del contrato de servicios, distinguiéndose del mismo en función de si existe una transferencia del riesgo operacional a quien resulte adjudicatario del contrato. De esta forma, resulta perfectamente posible que los servicios que se gestionen de forma indirecta puedan serlo tanto a través de contratos de servicios como de concesión de servicios, constituyendo la transferencia del riesgo operacional la seña de identidad del contrato de concesión. En este sentido, destaca el Consejo de Estado, en su Dictamen nº116/2015, que *“la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, basada en la naturaleza de la prestación, ha sido desplazada por una dicotomía entre el contrato de concesión de servicios y el de servicios fundada en la transferencia o no del riesgo operacional, con independencia de si el servicio sobre el que recae el pacto entre las partes tiene la consideración de servicio público”.*

La determinación de cuándo existe traslación de riesgo operacional no es algo que pueda determinarse a priori sino que, por el contrario, necesita de un análisis económico particularizado que, en definitiva, permita constatar que el contratista no tenga asegurados el retorno de las inversiones o la recuperación de los costes en que deba incurrir para ejecutar el contrato adjudicado, de forma, que será este análisis económico previo el que permitirá la calificación jurídica idónea del contrato. Por lo tanto, no puede responderse de forma apriorística si una determinada prestación que tiene por objeto la gestión de un determinado servicio pueda calificarse como contrato de servicios o de concesión de servicios.

La Directiva 2014/23/UE de contratos de concesión presta particular atención a esta cuestión en los contratos de concesión disponiendo en su Considerando 18 que: *“La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviasen al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.*

4.- En cuanto a los supuestos en que, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de servicios, resulta preceptivo solicitar informe a la Oficina Nacional de Evaluación se reproduce, al no necesitar mayor comentario, el tenor literal del artículo 333.3 LCSP:

“3. La Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a celebrar por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como por otros entes, organismos y entidades dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos:



a) Cuando el valor estimado del contrato sea superior a un millón de euros y se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.

b) Las concesiones de obras y concesiones de servicios en las que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo, informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 respecto de las concesiones de obras y concesiones de servicios que hayan sido informadas previamente de conformidad con las letras a) y b) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en estas, siempre y cuando el valor estimado del contrato sea superior a un millón de euros.

La Oficina Nacional de Evaluación podrá proponer, en atención a los resultados obtenidos de las actuaciones previstas en la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la ampliación del ámbito de aplicación de este artículo a contratos distintos de los recogidos en los párrafos anteriores. La ampliación del ámbito, se aprobará mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Cada Comunidad Autónoma podrá adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dichos informes o si hubiera creado un órgano u organismo equivalente solicitará estos informes preceptivos al mismo cuando afecte a sus contratos de concesión.”

La Orden HFP/138/2021/, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, regula los supuestos en los que la oficina debe evacuar informe preceptivo, contemplándose expresamente en su artículo séptimo el supuesto de la concesión de servicios.

5. En cuanto a las competencias de la Comisión de Contratación Pública de Andalucía nos remitimos a la regulación que de sus funciones hace el artículo 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.

CONCLUSIONES

Primera.- La Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía no es competente para dictaminar sobre cuestiones relativas al informe previsto en el artículo 2 del Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local que se emitirá por la Consejería que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales.

Segunda.- El contrato de concesión de servicios (artículo 15 LCSP) se diferencia del de servicios (artículo 17 LCSP) por la transferencia del riesgo operacional. La determinación de cuándo existe traslación de riesgo operacional no es algo que pueda determinarse a priori sino que, por el contrario, necesita de un análisis económico particularizado que, en definitiva, permita constatar que el contratista no tenga asegurados el retorno de las inversiones o la recuperación de los costes en que deba incurrir para ejecutar el contrato adjudicado, de forma, que será este análisis económico previo el que permitirá la calificación jurídica idónea del contrato.



Tercera.- Los supuestos para los que resulta preceptivo solicitar informe a la Oficina Nacional de Evaluación, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de servicios, se contemplan en el artículo 333.3 LCSP.

Es todo cuanto se ha de informar.