



Expedient: 23C00005

INFORME JURÍDIC que emet el Departament de Serveis Jurídics-Secretaria de la separació del criteri de les recomanacions contingudes en l'informe preceptiu de l'Oficina Nacional de Evaluación (ONE) 23013 de l'expedient 14/2023 en relació a la licitació del contracte de concessió de serveis per la gestió, dinamització i organització del centre cívic Urgell i Casal Infantil Urgell -Districte de l'Eixample.

Antecedents

1. Segons l' Ordre HFP/1381/2021, de 9 de desembre, amb caràcter previ a la licitació de contractes de concessió de serveis, l'ONE (Oficina Nacional de Evaluación) ha de realitzar informe preceptiu quan es realitzin aportacions públiques que superin el milió d'euros, per tal d'avaluar la transferència de risc operacional a l'empresa concessionària.

2. En data 11 de maig de 2023 l'ajuntament de Barcelona va presentar una sol·licitud d'informe a la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) en relació amb la licitació del contracte de concessió de serveis per a l'explotació, gestió, dinamització i organització dels serveis del centre cívic i del casal infantil d'Urgell, del Districte de l'Eixample, conforme al que preveu l'article 333.3 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP) i l'article 7 de l'Ordre HFP/1381/2021, de 9 de desembre, per la qual es regula la Organització i Funcionament de la ONE (Ordre ONE, en endavant).

3. A partir de la informació facilitada pel propi ajuntament de Barcelona juntament amb l'esmentada sol·licitud, així com tota la informació que es va requerir en data 26 de juny de 2023 i 28 de juliol de 2023 per part del mateix sol·licitant amb la finalitat de donar resposta a dos requeriments formulats des de l'ONE, es va formular la proposta d'informe elevat des de la Divisió d'avaluació dels contractes de concessió al Ple de la ONE en la sessió celebrada en la data 15 de setembre de 2023.

4.. La proposta d'informe exposat en el Ple conclou *“que no existeix risc operacional suficient per poder considerar que la naturalesa jurídica de la licitació es la corresponent a un contracte de concessió, atès que, conforme als anàlisis realitzats en aquest informe, tot i que la rendibilitat potencial del contracte pugui resultar ajustada, en condicions normals de funcionament, el concessionari podrà cobrir els costos que hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació del servei, apreciand que la possibilitat d'incórrer en pèrdues resulta merament nominal i menyspreable”*.

En aquesta sessió es va adoptar el següent acord:

Aprovació de l'informe 23013 de l'ONE de l'expedient 14/2023 en relació amb la licitació del “Contracte de Concessió de Serveis per a l'explotació, gestió, dinamització i organització dels serveis del centre cívic i del casal infantil Urgell del Districte de l'Eixample”, promogut per l'ajuntament de Barcelona.



L'informe 23013 de l'ONE de l'expedient 14/2023 conclou el següent:

*(...) Respecte al risc operacional que hauria d'assumir el contractista, pot **concloure's que no existeix transferència de risc operacional suficient** per poder considerar que la naturalesa jurídica d'aquesta licitació és la corresponent a un contracte de concessió, atès que, conforme als anàlisis realitzats en aquest informe, tot i que la rendibilitat potencial del contracte pugui resultar ajustada, en condicions normals de funcionament, el concessionari podrà cobrir els costos que hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació del servei, apreciant que la possibilitat d'incórrer en pèrdues resulta merament nominal i menyspreables.*

En data 20 de setembre de 2023, l'Ajuntament de Barcelona va formular un vot particular a l'aprovació de l'informe de l'ONE en el què fonamenta no poder compartir la conclusió de la proposta d'informe de l'ONE i conclou que el contracte de concessió de serveis del Centre Cívic i del Casal Infantil Urgell, del Districte de l'Eixample de Barcelona, **compleix els requisits de la Directiva 2014/23/UE i de l'article 14.4 de la LCSP en quant a la transferència del risc operacional atès que les possibles pèrdues derivades de la exposició a les incerteses del mercat no són nominals ni menyspreables.**

Fonaments de fet

Línies d'argumentació en front a l'informe de la ONE

A tal efecte, l'informe es desenvolupa en els següents escenaris:

1. Un escenari base presentat per l' Ajuntament.

L'aportació pública monetària (subvenció municipal màxima) que, segons assenyala l'estudi de viabilitat i la memòria justificativa, no cobreix la totalitat de les despeses per prestació del servei, i queda a risc de la concessionària la suma del 5% dels costos de cursos i tallers, del 10% dels costos de difusió i divulgació cultural i de 12.000 euros en material inventariable al llarg de tota la concessió. Aquesta subvenció es configura com un mecanisme de compensació que "no tindran la finalitat de compensar les pèrdues o el reequilibri de la minoració d'ingressos que estiguin motivades per una demanda inferior dels serveis que siguin objecte de la concessió, tret que aquesta sigui conseqüència de causes no atribuïbles a la gestió realitzada per l'empresa adjudicatària".

Ha quedat acreditat que hi ha un risc real per al concessionari.

2. Un escenari base ajustat per l'Oficina.

3. Un escenari de càlcul del punt mort que se situa en una reducció de la demanda prevista a l'escenari base del 4,33%.



El projecte d'informe a la pàgina 43 situa el punt mort en una caiguda del nombre d'inscrits en 13,87 de mitjana en tot el període concessional, per cada curs, considerant que la caiguda per sota d'aquest número no tindria cabuda dins "les condicions normals de funcionament." Aquesta part aprecia que no hi ha una anàlisi de quins paràmetres es fan servir per determinar condicions normals de funcionament.

El que no ha tingut en consideració la proposta d'informe és que per sota d'aquest quòrum el centre cívic no realitza els cursos i tallers, ja que no els resulta rendible i és per aquest motiu que no s'han facilitat el gran nombre de cursos que es cancel·len per aquesta circumstància. En condicions normals no hi ha certesa ni probabilitat absoluta que les persones s'inscriguin als tallers, ni que s'arribi al nombre suficient d'inscrits, en aquest cas 13,87 per curs o taller.

4. Un escenari de càlcul del punt mort que se situa en una reducció del nombre de cursos i tallers que efectivament es facin.

Aquest punt mort s'assoliria quan el concessionari executés 274,12 cursos, cosa que suposaria:

- una reducció del 9,23% dels ingressos variables per cursos i tallers
- una reducció del 9,12% dels costos variables per cursos i tallers respecte a l'escenari base.

5. Altres escenaris plantejats per l'Administració.

L'Ajuntament de Barcelona ha realitzat una anàlisi de sensibilitat, en què es planteja la possibilitat que el concessionari generi ingressos menors als projectats a l'escenari base. Qualsevol disminució en els ingressos podria augmentar les pèrdues obtingudes a l'explotació de manera rellevant.

Segons els escenaris que s'han posat de manifest en l'estudi econòmic i de viabilitat presentat per l'Ajuntament, es podria donar la circumstància que el compte d'explotació fos negatiu en la quantitat de 68.351,79 euros durant el període concessional, que comportaria que el contractista no només no obtindria cap benefici econòmic, sinó que tan sols cobriria les despeses mínimes per mantenir l'activitat, assumint una disminució dels ingressos per prestació de serveis equivalents a un 10% durant la vigència del contracte.

Aquest percentatge no és menyspreable, tenint en compte que la possibilitat d'obtenir benefici en aquest tipus d'activitats i serveis objecte del contracte és extremadament reduïda, ja que les despeses de recursos humans i de personal constitueixen la major part de les despeses perfectament definides per la normativa laboral, de seguretat social i conveni sectorial que són de compliment obligat.

Així mateix, les limitacions d'espai i temps (horaris) de l'equipament, així com els seus usos, no permeten un creixement il·limitat i, en conseqüència, hi ha un límit en el nombre d'activitats que puguin generar més ingressos.

D'altra banda, les fluctuacions en els interessos de la població, ja sigui per l'aparició d'altres operadors i les circumstàncies, ja sigui per canvis en les tendències que afecten l'oferta de cursos i tallers, fan que el marge de maniobra empresarial de gestió sigui reduït, fent inviable



que una empresa pugui mantenir la viabilitat econòmica d'una activitat o servei suportant pèrdues anuals.

Tot això ens permet afirmar que, en el cas que ens ocupa, el risc operacional assumit pel concessionari no és menyspreable ni merament nominal.

Fonaments de dret

Per definir el risc operacional d'un contracte de concessió s'ha de fer esment en primer lloc a la Directiva 2014/23/UE del Parlament Europeu y del Consell, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contracte de concessió que, en els seus considerants. 18, 19 y 20

“(18) Les dificultats relacionades amb la interpretació dels conceptes de concessió i de contracte públic han generat una inseguretat jurídica contínua per a les parts interessades i han donat lloc a nombroses sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Per tant, cal aclarir la definició de «concessió», en particular fent referència al concepte de risc operacional. La característica principal d'una concessió, el dret d'explotar les obres o els serveis, sempre implica la transferència al concessionari d'un risc operacional de caràcter econòmic que suposa la possibilitat que no recuperi les inversions realitzades ni cobreixi els costos que hagi sufragat per explotar les obres o els serveis adjudicats en condicions normals de funcionament, si bé part del risc el segueixi assumint el poder o entitat adjudicador. La reglamentació de l'adjudicació de concessions mitjançant normes específiques no estaria justificada si el poder adjudicador o l'entitat adjudicadora alleugerís l'operador econòmic de qualsevol possible pèrdua garantint uns ingressos mínims que siguin iguals o superiors a les inversions i els costos que l'operador econòmic hagi d'assumir amb relació a l'execució del contracte. Alhora, cal aclarir que certs règims en què la remuneració procedeix exclusivament del poder adjudicador o l'entitat adjudicadora es poden considerar concessions si la recuperació de les inversions i costos que hagués satisfet l'operador per a l'execució de les obres o la prestació de els serveis depèn de la demanda o del subministrament efectius d'aquests béns o serveis.

(19) Quan la reglamentació específica del sector elimina el risc establint una garantia en benefici del concessionari en virtut de la qual es compensin les inversions i els costos sufragats per a l'execució del contracte, aquest últim no s'hauria de considerar concessió a efectes d'aquesta Directiva. El fet que el risc estigui limitat des del començament no impedirà que el contracte es consideri una concessió. Passa el mateix, per exemple, en sectors amb tarifes reglamentades, o quan es limita el risc operacional mitjançant règims contractuals que preveuen una compensació parcial, inclosa la compensació en cas d'avançar-se la caducitat de la concessió per motius atribuïbles al poder o entitat adjudicador, o per causes de força major.

(20) Un risc operacional ha de derivar-se de factors que escapen al control de les parts. Els riscos vinculats, per exemple, a la mala gestió, als incompliments de contracte per part de l'operador econòmic les situacions de força major, no són determinants als efectes de la classificació com a concessió, ja que aquests riscos són inherents a qualsevol tipus de contracte, tant si és un contracte públic com si és una concessió. Un



risc operacional s'ha d'entendre com el risc d'exposició a les incerteses del mercat, que pot consistir en un risc de demanda o risc de subministrament, o bé en risc de demanda i subministrament. S'ha d'entendre per «risc de demanda» el que és degut a la demanda real de les obres o serveis objecte del contracte. S'ha d'entendre per risc d'oferta el relatiu al subministrament de les obres o serveis objecte del contracte, en particular el risc que la prestació dels serveis no s'ajusti a la demanda. A efectes de l'avaluació del risc operacional, es pot prendre en consideració, de manera coherent i uniforme, el valor actual net de totes les inversions, costos i ingressos del concessionari.”

Aquests considerants sobre el risc operacional es troben recollits a l'apartat 4 de l'article 14 de la Llei de Contractes del Sector Públic

“Es considera que el concessionari assumeix un risc operacional quan no estigui garantit que, en condicions normals de funcionament, aquest pugui recuperar les inversions efectuades ni cobrir els costos en què hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació de les obres que siguin objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari ha de suposar una exposició real a les incerteses del mercat que impliqui que qualsevol pèrdua potencial estimada en què incorri el concessionari no és merament nominal o menyspreable”.

Per la seva banda, la proposta d'informe ONE, a la pàgina 45, conclou que:

“En conseqüència, es considera que amb la configuració d'aquest contracte no es produeix la transferència de risc operacional suficient al contractista, fonamentalment **del risc de demanda**, per configurar una naturalesa jurídica concessional, a causa de la baixa probabilitat d'assolir una reducció de la demanda suficient per arribar al punt mort, ja que suposaria, o bé un incompliment contractual (baixada del nombre de cursos), o bé una clara desviació de les condicions normals de funcionament (caiguda del nombre d'inscrits per sota de l'històric).”

En el vot particular d'aquesta part es discrepa respecte que no es produeix una transferència suficient del risc operacional, fonamentalment del risc de demanda, ja que no es pot assegurar la inscripció als cursos i als tallers. L'entitat adjudicatària no pot influir ni obligar aquesta inscripció, de manera que escapa al seu control, i la inscripció queda exposada a les vicissituds pròpies del mercat, que són alienes a la voluntat de les parts.

Exposat això, d'acord amb el concepte de risc operacional establert per la Directiva i traslladat a la LCSP, han de concórrer tres pressupòsits perquè el contracte es pugui considerar concessió de serveis:

a) Exposició real a les incerteses del mercat.

Per la pròpia naturalesa del contracte que ens ocupa, no és possible determinar a priori el nombre exacte de persones que s'inscriuran als cursos i tallers, així com els mitjans requerits per executar-los.



Com que la demanda d'aquest servei és en gran mesura, indeterminada i impredecible, queda acreditat que aquest tipus de servei està exposat a les incerteses del mercat.

Recordem que el mercat està sotmès a tensions que tenen l'origen en diferents causes i que aquestes tensions requereixen l'actuació dels Estats. Recordem també, per exemple, que segons les dades de l'Institut Nacional d'Estadística, la taxa d'inflació interanual als països de l'Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic (OCDE) va ser del 5,9% el juliol passat. Tot i que a Espanya es va registrar el 2,6% de taxa d'inflació durant el mes d'agost cal no oblidar que el nostre país també està subordinat a les polítiques monetàries del BCE, que, com és sabut, ha pujat progressivament el tipus d'interès, cosa que, en principi, redueix la demanda de crèdit i el consum. En aquest context les economies de les famílies, després de superar el pitjor de la pandèmia de la COVID 19, s'han hagut d'adaptar a un increment dels preus en què també ha tingut una forta influència la situació geopolítica –crisi bèl·lica entre Rússia i Ucraïna, però no exclusivament.

En fi, aquest escenari de crisi és notícia cada dia als mitjans de comunicació, que ens informen de les afectacions a l'ocupació, la qualitat de les prestacions socials bàsiques, l'exposició al risc de la precarietat i la pobresa. En aquesta conjuntura les necessitats de lleure o d'accés a serveis o activitats no indispensables tenen una altíssima probabilitat de quedar relegades o subordinades a la cobertura de les necessitats bàsiques.

En base a aquesta realitat es pot afirmar que no es pot preveure el comportament de l'usuari dels cursos i tallers, i és esperable que els ciutadans prioritzin la despesa o la inversió a cobrir altres necessitats.

b) Pèrdua per la transferència del risc operacional no nominal o menyspreable.

Sobre aquest pressupòsit es pot portar a col·lació la jurisprudència sobre el risc operacional:

Sentència Privater Rettungsdienst: Sentència del Tribunal de Justícia (Sala Tercera) de 10 de març de 2011 (petició de decisió prejudicial plantejada per l'Oberlandesgericht München — Alemanya).

Per poder considerar un contracte com una concessió, s'ha de trobar en algun punt per sobre de “mínim”, “nominal”, “menyspreable” o “insignificant”, però no ha d'arribar ni a “total”, “substancial”, “significatiu” o “majoritari”, per la qual cosa, a la pràctica, pot ser molt escàs.

La decisió del Tribunal és la següent:

L'article 1, apartats 2, lletra d), i 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis, s'ha d'interpretar en el sentit que quan la remuneració de l'operador econòmic elegit va íntegrament a càrrec de persones diferents de l'entitat adjudicadora que ha atorgat el contracte relatiu a serveis d'auxili i l'operador econòmic **assumeix un risc d'explotació, encara que sigui molt limitat**, en particular pel fet que l'import dels preus per la utilització dels serveis de què es tracta depèn del resultat de negociacions anuals amb tercers i no se li garanteix la cobertura íntegra dels costos suportats en el marc d'una gestió de les seves activitats d'acord amb els principis establerts pel



dret nacional, aquest contracte s'ha de qualificar de contracte de «concessió de serveis» en el sentit de l'article 1, apartat 4, d'aquesta Directiva.»

c) Inexistència de garantia que, en condicions normals de funcionament, el concessionari ha de recuperar les inversions realitzades ni a cobrir els costos en què hagi incorregut:

Tal com s'ha argumentat a l'escenari tercer dels antecedents de fet, la voluntat dels usuaris no està subjecta al control de l'adjudicatària, a més que les circumstàncies econòmiques i socials del context comporten una probabilitat alta de provocar disminució en les inscripcions dels cursos i tallers.

Conclusions

El vot particular, així com les raons per separar-se a les recomanacions contingudes a l'informe preceptiu 23013 de l'ONE de l'expedient 14/2023, en relació amb la licitació del Contracte de Concessió de Serveis per a l'explotació, gestió, dinamització i organització dels serveis del centre cívic i del casal infantil Urgell del Districte de l'Eixample, es fonamenta en que, si bé és cert que la proposta de d'informe reconeix que hi ha transferència del risc operacional, no la considera suficient. L'Ajuntament de Barcelona interpreta que sí que se'n fa la transferència efectiva al concessionari del contracte.

Per tant, amb els arguments esgrimits al llarg de l'informe de l'ONE, des del Districte de l'Eixample, no es pot compartir la conclusió de l'informe i es conclou que el contracte de concessió de serveis per a l'explotació, la gestió, la dinamització i l'organització dels serveis del Centre Cívic i del Casal Infantil Urgell, del districte de l'Eixample de Barcelona, compleix els requisits de la Directiva 2014/23/UE i de l'article 14.4 de la LCSP quant a la transferència del risc operacional en tant que les possibles pèrdues derivades de l'exposició a les incerteses del mercat no són nominals ni menyspreables.

Amb fonamentació en el que s'ha exposat anteriorment, s'emet aquest informe FAVORABLE que s'elabora en compliment del previst en l'apartat punt 10.4 sobre el termini d'emissió, i publicació d'informes de l'Ordre HFP/1381/20214, de 9 de desembre, per la qual es regula la organització i funcionament de l'Oficina Nacional d'Evaluación, a efectes de motivar la separació del criteri de les recomanacions contingudes a l'informe preceptiu de l'ONE en relació amb el contracte de concessió de serveis per la gestió, dinamització i organització del centre cívic Urgell i Casal Infantil Urgell -Districte de l'Eixample.

Beatriz Simon Boix
Lletrada

Vist-i-plau,
Imma Vergés Llistosella
Cap del Departament de Serveis Jurídics-
Secretaria