

JUSTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

El objeto de este contrato es la *cesión de instalaciones y la explotación del Servicio de Cafetería del Complejo Cultural “San Francisco”* de la Excm. Diputación Provincial de Cáceres, ubicada dentro de este Complejo, sito en Ronda San Francisco s/n de Cáceres, con el fin de dar servicio tanto al personal de la Diputación que presta servicios en ese centro, como a visitantes o acompañantes de los trabajadores, así como la atención puntual cuando se requiera para la celebración de congresos y otros eventos en el mismo edificio.

Los servicios objeto de este contrato están comprendidos en el:
CPV 55000000-0 Servicios comerciales al por menor de hostelería y restauración

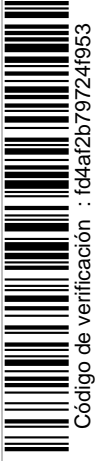
El criterio del objetivo que se persigue al establecer este servicio es relevante para motivar la elección de la forma jurídica que articule la explotación de una cafetería, es necesario determinar si estamos en presencia de un contrato o de una concesión demanial:

- Un factor a tener en cuenta, es el que permite deducir de quién proviene la iniciativa de la actividad, no es igual que *la iniciativa sea pública*, lo que puede demostrar un interés de la entidad pública y caracterizar prima facie la relación jurídica resultante como un contrato público, o que la iniciativa provenga de una *solicitud del particular interesado*, que puede llevarnos a pensar que estamos ante una autorización de uso del dominio público. En este sentido parece pronunciarse el considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE (EDL 2014/35496) .

La *Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón*, señala que en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio, la finalidad perseguida con el mismo, y así lo señala también el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Madrid en su Acuerdos 49/2017, de 15 de febrero ó 316/2017, de 2 de noviembre. Y así, el ATARC Madrid 49/2017, de 15 de febrero, considera que *"sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario"*.

- Directamente relacionado con el anterior factor podemos inferir otro conexo, cual es la fijación de la titularidad de la utilidad de la relación jurídica establecida. Dicho en otras palabras, la determinación de quién es el beneficiario de la misma, si la beneficiaria es la entidad pública, aunque el servicio se preste a favor de los usuarios, estamos en presencia de un contrato público, mientras que si dicha utilidad sólo alcanza o beneficia al negocio privado en términos de rentabilidad o lucro, estaremos ante una concesión demanial.

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, y que la iniciativa de la actividad es pública, puesto que es la Diputación la que busca que se preste ese servicio. entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación del Estado señala la conveniencia de aplicar en caso de duda la legislación de contratos del sector público, por ser la regulación más estricta y respetuosa con la concurrencia y porque las correspondientes adjudicaciones podrían llegar a tener una relevancia trasfronteriza.



Código de verificación : fd4af2b79724f953

El régimen de los contratos administrativos relativos a cafetería en edificios públicos ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y nacional.

Los contratos de prestación de servicios de cafetería y comedor en dependencias públicas, **con anterioridad a la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre**, venían siendo calificados como *contratos administrativos especiales*, así los ha calificado la JCCA del Estado, entre otros destacan, los Informes 24/2005, de 25 de junio y 28/2007 de 28 de julio.

Tras la publicación de Ley 30/2007, la JCCA de Aragón, en su Informe 19/2011, en consonancia con el Informe 9/2009, de 14 de diciembre, de la JCCA de la Comunidad Valenciana, califica **como contratos de servicios** aquellos cuyo objeto es la prestación de servicios de bar, cafetería y comedor en las instalaciones clasificadas como bares, cafeterías y comedores, al entender que la categoría de los contratos administrativos especiales ha quedado enormemente restringida, dado que la actual regulación le confiere un carácter residual. Se amparaba en la definición de los contratos de servicios como aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro y remite a las categorías enumeradas en el Anexo II LCSP, cuyo apartado 17º se refiere a los servicios de cafetería y hostelería. Admite, por tanto, en principio, que el contrato de cafetería es un contrato de servicios.

En la actualidad, tras la aprobación y entrada en vigor de la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, estos tipos de contratos son susceptibles de configurarse, en una buena parte de los casos, como *contratos de concesión de servicios* de acuerdo con el tipo contractual regulado en la citada Directiva y que ha sido incorporado a nuestro ordenamiento por la LCSP. Por contra, cuando no se cumpla la condición de la transferencia del riesgo operacional estaríamos en presencia de contratos de servicios, conclusión que advierte la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su anexo IV cuando califica como servicios de hostelería y restaurante, entre otros, el siguiente CPV: 55330000-2 Servicios de cafetería. Resulta por tanto, que un mismo objeto o competencia puede afrontarse en la modalidad de **concesión de servicios, si el contratista asume el riesgo, o como contrato de servicios si no lo asume**. En este sentido se pronuncia el Informe 12/2010, de 23 de julio, de la JCCA del Estado, que lleva por título “*Diferencia entre el contrato de gestión de servicios, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios*”.

Esta conclusión es congruente con lo establecido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, informe 36/2012, de 7 de mayo en que señala, con respecto a la legislación entonces aplicable, lo siguiente: “*Tal y como ya indicó esta Junta Consultiva en su informe 64/09, (...), la definición de contrato de servicios que hace el artículo 10 del TRLCSP (EDL 2017/226876) pone de manifiesto, junto con la especificidad de la prestación que se define básicamente de forma negativa, la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las diferentes categorías que se enumeran en el Anexo II del TRLCSP (EDL2017/226876). Estas categorías deben completarse con la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo (EDL2002/56391) y del Consejo, y que periódicamente es objeto de revisión. Esta interpretación trae causa de las Directivas comunitarias de contratación pública que tradicionalmente vienen utilizando los códigos CPC y CPV para, junto con los umbrales cuantitativos de valor estimado del contrato, delimitar su ámbito de aplicación y, también, para definir el contrato de servicios.*”

El Expediente 87/18, “Régimen jurídico del contrato de cafetería y restauración” de la Junta Consultiva de contratación Pública del Estado, establece por su parte: “*El contrato consistente en la*



Código de verificación : fd4af2b79724f953

prestación del servicio de bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas de dominio público y retribuido mediante la explotación del mismo, no debe ser calificado como contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de concesión de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisión del riesgo operacional, entendido en el art. 14.4 de la LCSP, “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”. En el caso de que el requisito de transmisión del riesgo operacional no concurra, se calificará como contrato de servicios.

En cuanto al concepto de riesgo, 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»

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 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.

Por tanto nos encontramos ante un **contrato administrativo de concesión de servicios**, ya que implica transmisión del riesgo operacional, definido en el artículo 15 de la LCSP, como **“aquel en virtud del cual 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”**. Los servicios objeto de este contrato no se encuentran comprendidos dentro de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV de la LCSP.



Código de verificación : fd4af2b79724f953

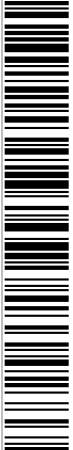


La retribución del contratista deriva de la explotación del servicio y, en consecuencia, los precios son pagados por los usuarios. Este derecho de explotación implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional, abarcando el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos, dado que los usuarios del servicio, tanto el personal de la Diputación, como visitantes o acompañantes de los trabajadores, no están obligados a utilizar los servicios de cafetería, la cifra de potenciales clientes es incierta, no están garantizados los previsible ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas de tal forma que no lleguen a garantizar la inversión que es preciso realizar y la entidad contratista está obligada a la prestación del servicio aun cuando no le resulte rentable, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista.

El procedimiento de adjudicación se realiza mediante procedimiento abierto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 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**, *“La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto”*.

Cáceres a fecha de firma electrónica

Página 4 de 4 -



Código de verificación : fd4af2b79724f953

Para la verificación del siguiente código podrá conectarse a la siguiente dirección <https://licitaciones.dip-caceres.es/licitacion/verificadorCopiaAutentica.do?codigoVerificacion=fd4af2b79724f953>