



INFORME 1/2015, DE 18 DE MARZO, SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UN CONTRATO DE REDACCIÓN DE PROYECTO, CONSTRUCCIÓN, EQUIPAMIENTO, MANTENIMIENTO Y GESTIÓN DE UN EDIFICIO DE HOSTELERÍA.

ANTECEDENTES

El Director General de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del Servicio Madrileño de Salud ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

Dadas las discrepancias existentes entre los informes del Servicio jurídico de fechas 15/04/2014, 8/05/2014 y 4/06/2014 y el informe de 30/12/2014 de la Intervención General se solicita que esa Junta Consultiva se pronuncie acerca de la calificación jurídica de este expediente (se adjunta copia de los mencionados informes).

Junto al escrito de consulta se analiza diversa documentación del expediente, estudio de viabilidad y memoria económica, pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, informe de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos, informes de los Servicios Jurídicos y de la Intervención General.

CONSIDERACIONES

1.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, se sometan a su consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, correspondiendo su ejercicio a esta Comisión Permanente, según lo establecido en el artículo 44 del citado Reglamento. No obstante, no es competencia de la Junta Consultiva la resolución de posibles discrepancias entre diferentes órganos consultivos y fiscalizadores, ni sustituir las funciones que corresponden a éstos.

Sin perjuicio de lo anterior, la cuestión general en materia de contratación administrativa que plantea la consulta es la determinación de la calificación jurídica de un contrato que tiene por objeto la redacción de proyecto, construcción y explotación de un edificio para hostelería y servicio integral de restauración de un hospital.

2.- El contrato ha sido calificado como contrato mixto y, conforme a lo señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las prestaciones que ha de efectuar el contratista son múltiples: redacción del proyecto general, así como de los particulares; ejecución de las obras, de las instalaciones y de la urbanización de los terrenos, mantenimiento del edificio construido y sus infraestructuras; construcción temporal de las infraestructuras y demás obras e instalaciones; adquisición de material y resto de elementos necesarios para la construcción y gestión del contrato; realización de las acometidas de servicio o suministro provisionales y definitivas; dotación de mobiliario y equipamiento, así como su posterior mantenimiento; gestión de las cafeterías de público y de personal y prestación del servicio de comedor de guardia; prestación del servicio de suministro y gestión de víveres así como instalación y gestión de máquinas expendedoras (*vending*). Contiene, por tanto, prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos, por lo que no puede ser calificado como contrato administrativo de obras, suministros o servicios, ni como contrato administrativo especial. Tampoco se encuentran incluidas estas prestaciones entre los servicios que el artículo 20.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, califica como contratos privados celebrados por una Administración Pública.

3.- Asimismo, tampoco procede su calificación como contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no se cumplen las condiciones indicadas en los artículos 8 y 132 del TRLCSP, por tratarse de servicios cuya prestación no ha sido asumida como competencia de la Administración, puesto que no se ha establecido su régimen jurídico declarando expresamente que la actividad queda asumida como propia por la Administración, atribuyendo competencias administrativas, determinando el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regulando los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

4.- Para poder calificar el contrato como mixto es preciso analizar si reúne las condiciones que los artículos 12 y 25 del TRLCSP atribuyen a este tipo de contrato.

El artículo 12 del TRLCSP califica como contrato mixto aquél que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, indicando que el carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico determinará las normas que habrán de observarse en su adjudicación. No obstante, la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga, con efecto a partir del 18 de abril de 2016, la Directiva 2004/18/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo

de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, al definir el contrato de suministro no tiene en consideración la mayor importancia económica de la prestación sino si su carácter es accesorio o principal pues indica que un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesorio, operaciones de colocación e instalación, al igual que señala la Directiva 2004/18/CEE que, en su artículo 1.2 c), indica que un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesorio, obras de colocación e instalación, se considerará un “contrato público de suministro”.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 25 del TRLCSP, dedicado a la libertad de pactos, establece que únicamente se podrán fusionar en un contrato mixto prestaciones correspondientes a diferentes tipos de contratos cuando estén directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

En el presente supuesto, aparecen en el contrato diferentes prestaciones que corresponden a distintos tipos de contratos y que difícilmente pueden ser fusionadas en un contrato mixto, dado que ni las obras a construir ni los servicios a prestar tienen un carácter accesorio con respecto a la otra prestación. El suministro no se puede considerar como meramente accesorio, dada su importancia. Tampoco resulta posible determinar las normas que deban observarse en su adjudicación, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del TRLCSP, puesto que no resulta posible establecer, a la vista del estudio económico del contrato, cuál de las prestaciones tiene más importancia desde el punto de vista económico, ya que la obra y su financiación, que constituye una de las prestaciones importantes del contrato, no aparece valorada, dado que la redacción del proyecto corre a cargo del contratista, aun cuando se recoja una estimación en el estudio de viabilidad. Incluso no se puede valorar correctamente la cuantía de los servicios a prestar, dado que en gran parte únicamente se han efectuado estimaciones de consumos. En definitiva, no parece claro afirmar que la fusión de las diferentes prestaciones del contrato esté dirigida a la satisfacción de una necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante, dado que los servicios de cafetería y *vending* no constituyen un fin institucional propio del órgano contratante, tal como exige el artículo 25.2 del TRLCSP.

Asimismo, en el supuesto de que se pudiese determinar que la prestación económica más importante se correspondiese con un contrato de servicios, las normas de

adjudicación de este tipo de contratos impedirían establecer un plazo de ejecución tan elevado como el previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato. Tampoco la explotación de una obra se encuentra dentro de los sistemas de determinación del precio de los contratos de servicios, ni de los contratos de obras ni de los de suministro, por lo que no tendría cabida en un contrato mixto.

Por lo expuesto, la calificación como contrato mixto de servicios no parece adecuada al presente supuesto.

5.- Descartadas las anteriores calificaciones, podría tomarse en consideración su calificación como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. El artículo 11.1 del TRLCSP define estos contratos como aquéllos en que la Administración o Entidad pública encarga a una entidad de derecho privado la realización de una actuación global e integrada que comprenda determinadas prestaciones, caracterizadas todas ellas por su carácter complejo y tecnologías avanzadas, o bien prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. En este tipo de contrato puede establecerse un plazo de ejecución en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, por lo que podría establecerse el plazo de ejecución que figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

No obstante, este tipo de contrato solo podría celebrarse cuando se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas, en los términos previstos en el artículo 134 del TRLCSP: complejidad del contrato o imposibilidad de definir los medios técnicos precisos, entre otros supuestos. Sin embargo, las prestaciones que figuran en los pliegos del contrato se encuentran perfectamente determinadas, sin que se trate en ningún caso de construcciones, instalaciones, bienes o servicios complejos ni que deban aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado, y los medios técnicos precisos están bien definidos, por lo que, además de no ajustarse a los requerimientos de este tipo de contrato, el diálogo competitivo que se requiere como procedimiento para su adjudicación carecería de utilidad en el presente supuesto.

Además, en este contrato, la contraprestación a percibir por el contratista colaborador habrá de consistir en un precio, que se satisfará durante toda la duración del contrato, que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de

rendimiento. No se menciona, pues, en la norma la posibilidad de remuneración mediante explotación de la obra como se establece en el contrato que se analiza.

Por los diversos motivos expuestos, no parece procedente tampoco su calificación como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

6.- Una vez descartados los diferentes tipos de contratos expuestos, resta por analizar la posibilidad de calificarlo como contrato de concesión de obras públicas.

El artículo 7 del TRLCSP define este contrato como aquel que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, pudiendo comprender asimismo las actuaciones precisas para que las obras sean aptas para la correcta prestación de los servicios o actividades económicas a los que aquéllas sirve. La contraprestación a favor de concesionario en este contrato consistirá en el derecho a explotar la obra, o bien en este derecho acompañado del de percibir un precio. Esta definición es acorde con la contenida en el artículo 5.1 a) de 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 y en el artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE.

Asimismo, el punto 3 del citado artículo 7 del TRLCSP determina que “el contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos”.

En el presente supuesto, la Administración precisa construir un nuevo edificio de restauración, incluidas instalaciones y equipamiento, para reordenar y mejorar las instalaciones dedicadas a la hostelería en un hospital; esta actuación persigue mejorar la ordenación de las infraestructuras, actualizar las instalaciones, y ofrecer con ello una serie de servicios, dirigidos unos a un público concreto: personal sanitario y pacientes, a fin de mejorar su seguridad alimentaria, y otros al público en general, mediante la

apertura de una cafetería del hospital, hasta ahora inexistente; aprovechando además para liberar espacio del hospital, reordenar así la actividad asistencial y propiciar ahorro de recursos materiales y humanos. El proyecto de la obra y su construcción correrán a cargo del concesionario, quien se retribuirá mediante su explotación, a través de las tarifas que abonará el público y el personal por el uso de la cafetería y las máquinas de *vending*, más el precio que abonará la Administración por el servicio de comidas a pacientes y comedor de guardia y, al finalizar el plazo de la concesión, la obra revertirá a la Administración. Contiene, pues, el presente contrato todos los elementos propios de una concesión de obras públicas. No puede afirmarse en este supuesto que la obra no constituye el elemento principal del contrato, pues la Administración precisa de la construcción de esta infraestructura y la prestación principal del contratista consiste en realizarla, explotarla durante un periodo que permita su amortización, y entregarla posteriormente a la Administración. La contraprestación a favor del concesionario, que percibe como contrapartida, durante el período de la concesión, es la explotación de la obra mediante la prestación de una serie de servicios de restauración a los usuarios, lo que se corresponde con la actividad económica a la que va destinada la obra. Además del derecho a explotar la obra el concesionario percibirá también un precio de la Administración por los servicios de pensión alimenticia de pacientes y comedor de guardia.

En cuanto al plazo de ejecución establecido en el contrato, 15 años, sí resulta posible en un contrato de concesión de obras públicas, dado que estos contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 268.1 del TRLCSP, se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, si bien no podrá exceder de 40 años.

El artículo 246 c) del TRLCSP establece, entre las obligaciones generales del concesionario, la de admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas conforme a los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa. Ello no implica la obligación de que la obra haya de ser utilizada por toda la población en general sino por todos los usuarios a los que vaya destinada, lo que dependerá de la finalidad para la que haya sido construida. Si bien la concesión de obras públicas constituye un contrato con efectos hacia terceros, cada concesión de obras públicas tendrá unos usuarios distintos, que son los destinatarios de los efectos de ese contrato en concreto, que serán unos u otros en función del objeto de la obra pública. No obstante, en el presente supuesto, tanto los servicios de cafetería como los de *vending* pueden ser usados por todo el público en general, mientras que, como resulta procedente,

los servicios de comidas de guardia y de pensión para pacientes podrán ser utilizados por todo el personal al que van dirigidos, con igualdad, universalidad y no discriminación dentro de estos grupos concretos de población. No se puede afirmar, por tanto, que la utilización del servicio en el presente contrato no tiene un carácter universal para el público al que va dirigida cada una de las prestaciones.

La concesión de obras públicas exige que la ejecución del contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.2 del TRLCSP, pues el riesgo es consustancial a la concesión y es el concesionario quién asume, en todo caso, el riesgo en función de la inversión realizada, como determina el artículo 253.1 del TRLCSP. En el presente supuesto, a pesar de que la Administración abonará un precio como parte de la remuneración del contratista, el riesgo operacional de la explotación de la obra recae sobre el contratista al percibir las rentas que resultan del uso de las obras realizadas pues, a pesar de las estimaciones del estudio económico, no es posible prever la utilización real que los empleados y el público en general efectuarán de las cafeterías y las máquinas de *vending*, por lo que no está garantizada la recuperación de las inversiones realizadas, dado que el pago de un precio por la parte de los servicios requeridos directamente por la Administración no elimina el riesgo inherente a la explotación. El precio únicamente cubre una parte de la explotación de la obra, quedando el resto a riesgo y ventura del contratista, pues es precisamente el riesgo el elemento determinante de este tipo de contrato.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario 2000/C 121/02 señala que el derecho de explotación implica la transferencia de la responsabilidad de explotación, de forma que es el concesionario el responsable de efectuar las inversiones precisas para que la obra pueda ponerse a disposición de los usuarios de una forma útil. Indica asimismo que el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá igualmente soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. En igual sentido la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, recoge, al definir en su artículo 5 la concesión de obras, que su adjudicación implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá 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 presente supuesto, el contratista ha de realizar las inversiones precisas para el funcionamiento de la obra para el fin al que está dedicada, soportando los riesgos vinculados a su gestión y a las rentas que pueda percibir de la frecuentación de la obra, pudiendo afirmarse que los riesgos operacionales inherentes a la explotación se transfieren al concesionario.

Por las consideraciones expuestas, esta Comisión Permanente considera que la calificación jurídica más apropiada para el contrato objeto del presente informe es la de contrato administrativo de concesión de obras públicas.

CONCLUSIONES

- 1.- El contrato objeto del presente informe no reúne los requisitos precisos para poder ser calificado como contrato administrativo de obras, suministros, servicios o gestión de servicios públicos ni contrato administrativo especial. Tampoco reúne las condiciones para poder ser calificado como contrato mixto ni aplicarle el régimen jurídico de este tipo de contrato.
- 2.- Las prestaciones y los medios técnicos precisos que figuran en los pliegos del contrato se encuentran perfectamente definidos, sin que se trate en ningún caso de construcciones, instalaciones, bienes o servicios complejos ni que deban aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado, por lo que, junto con otras circunstancias, tampoco resulta adecuada su calificación como contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.
- 3.- Atendiendo a sus características y conforme a las consideraciones expuestas en el punto 6, la calificación jurídica más apropiada para el contrato objeto del presente informe es la de contrato administrativo de concesión de obras públicas.