OFICINA NACIONAL DE EVALUACION

EXPEDIENTE N.º	ÓRGANO	FECHA DE LA SESIÓN
14/2023	Pleno de la ONE	15/09/2023

Con fecha de 11 de mayo de 2023, tuvo entrada en el portal de tramitación electrónico de la ONE, la solicitud formulada por parte del Ayuntamiento de Barcelona del informe preceptivo previsto en el artículo 333.3 de la LCSP, en relación con la licitación prevista por este Ayuntamiento del "Contrato de concesión de servicios para la explotación, gestión, dinamización y organización de los servicios del Centro Cívico y del Casal Infantil Urgell, del distrito del Eixample".

A partir de la información facilitada por el propio Ayuntamiento de Barcelona junto con dicha solicitud, así como de la que se remitió con fechas 26 de junio y 28 de julio de por parte del mismo solicitante a fin de dar respuesta a dos requerimientos formulados desde la ONE, y tomando como base los datos y documentos aportados, se formuló la propuesta de informe elevado desde la División de evaluación de los contratos de concesión al Pleno de la ONE en la sesión celebrada en la fecha arriba indicada, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 3.4 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la ONE.

Raúl Ureña Salgado, EN CALIDAD DE SECRETARIO DE ESTE ÓRGANO, CERTIFICO:

Que, tras su toma en consideración, en dicha sesión se adoptó el siguiente acuerdo:

APROBACIÓN DEL INFORME 23013 DE LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONE) DEL EXPEDIENTE 14/2023 EN RELACIÓN CON LA LICITACIÓN DEL "CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLOTACIÓN, GESTIÓN, DINAMIZACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL CENTRO CÍVICO Y DEL CASAL INFANTIL URGELL, DEL DISTRITO DEL EIXAMPLE", PROMOVIDO POR EL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

El acuerdo se adoptó por mayoría, con 4 votos a favor, 1 en contra por parte del representante del Ayuntamiento de Barcelona y 1 abstención por parte de la representante

MARIA LUISA ARAUJO CHAMORRO (1 de 2)
Presidenta
Fecha Firma: 20/09/2023
HASH: e0393622c91bc52c660a464e695bec28

RAUL UREÑA SALGADO (2 de 2)
Secretario de Pleno
Fecha Firma: 20/09/2023
HASH: 40bebcc8e11a2bc1172eeb88858ec62c

CERTIFICADO
Número: 2023-0014 Fecha: 20/09/2023

Cód. Validación: 3TWJ69E4J2DWGCXRCP9SGZLXP
Verificación: https://tramitesone.hacienda.gob.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 1 de 2

de la Secretaría General de Fondos Europeos, estando ausente de la votación la representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Formuló voto particular sobre las razones de su discrepancia la representante del Ayuntamiento de Barcelona, recibido por medios electrónicos el 20 de septiembre y anexado, firmado, a este certificado.

Para que conste, expido el presente certificado, en el lugar y fecha indicados en la propia firma, de acuerdo a las funciones encomendadas por el artículo 6.8 de la Orden ONE y con el visto bueno de la Presidenta de la misma.

El Secretario del Pleno de la ONE,

Raúl Ureña Salgado

La Presidenta de la ONE

María Luisa Araújo Chamorro

CERTIFICADO
Número: 2023-0014 Fecha: 20/09/2023

Cód. Validación: 3TWJ69E4J2DWGCXRCP9SGZLXP
Verificación: https://tramitesone.hacienda.gob.es/
Documento firmado electrónicamente desde la plataforma esPublico Gestiona | Página 2 de 2

EXP: 14/2023 DE LA ONE

VOTO PARTICULAR DEL REPRESENTANTE DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA EN EL PLENO DE LA ONE DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2023 SOBRE LA PROPUESTA DE INFORME DE LA ONE 2023013, REFERIDO AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PARA LA EXPLOTACIÓN, GESTION, DINAMIZACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DEL CENTRO CÍVICO Y DEL CASAL INFANTIL URGELL, DEL DISTRITO DEL EIXAMPLE DE BARCELONA.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6.7 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, una vez analizada la documentación puesta a disposición del Ayuntamiento de Barcelona, junto con la propuesta de Informe, y debatido este último en el Pleno celebrado el 15 de septiembre de 2023, se emite su voto particular discrepante para su incorporación al acuerdo, en los siguientes términos:

La figura del riesgo operacional es el elemento habilitante o transformador de un contrato de servicios en el contrato de concesión de servicios como recoge el artículo 15 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) al definirse 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 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."*

Artículo 14.4 in fine 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 consecuencia, se fundamenta el presente voto particular en los principios interpretativos de nuestro Derecho recogidos en el artículo 3 del Código Civil en virtud del cual *"las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."*

FUNDAMENTOS DE HECHO DEL VOTO PARTICULAR

La estimación efectuada en el borrador de informe del riesgo operacional soportado por el adjudicatario del contrato se sustenta en el análisis de distintos escenarios diseñados a tal fin, escenarios que deberían representar situaciones realistas, basadas en estimaciones de las distintas variables que influyen en los resultados de explotación del servicio, y que deberían recoger como factores de incertidumbre únicamente aquéllos que resulten compatibles con la premisa de responder a condiciones normales de funcionamiento y a circunstancias ajenas a la voluntad o control del contratista, que puedan impedirle recuperar las inversiones realizadas o cubrir los costes sufragados.

A tal efecto, en el informe se desarrollan varios escenarios:

1. **Un escenario base presentado por el Ayuntamiento**. La aportación pública monetaria (subvención municipal máxima) que, según señala el estudio de viabilidad y la memoria justificativa, no cubre la totalidad de los gastos por prestación del servicio, quedando a riesgo de la concesionaria la suma del 5% de los costes de cursos y talleres, del 10% de los costes de difusión y divulgación cultural y de 12.000 euros en material inventariable a lo largo de toda la concesión. Esta subvención se configura como un mecanismo de compensación que "*no tendrán la finalidad de compensar las pérdidas o el reequilibrio de la minoración de ingresos que estén motivadas por una demanda inferior de los servicios que sean objeto de la concesión, a no ser que ésta sea consecuencia de causas no atribuibles a la gestión realizada por la empresa adjudicataria*".

Ha quedado acreditado que hay un riesgo real para el concesionario.

2. Un escenario base ajustado por la Oficina.

3. Un escenario de cálculo del punto muerto que se sitúa en una reducción de la demanda prevista en el escenario base de un 4,33%. El proyecto de informe en su página 43, sitúa el punto muerto en una caída del número de inscritos en 13,87 de media en todo el periodo concesional, por cada curso, considerando que la caída por debajo de este número no tendría cabida dentro de "las condiciones normales de funcionamiento." Esta parte aprecia que no existe un análisis de qué parámetros se usan para determinar condiciones normales de funcionamiento.

Lo que no ha tenido en consideración la propuesta de informe es que por debajo de este *quórum* el centro cívico no realiza los cursos y talleres, ya que no les resulta rentable y es por este motivo que no se han facilitado el gran número de cursos que se cancelan por esta circunstancia. En condiciones normales no existe certeza ni probabilidad absoluta de que las personas se inscriban en los talleres, ni que se alcance el número suficiente de inscritos, en este caso 13,87 por curso o taller.

4. Un escenario de cálculo del punto muerto que se sitúa en una reducción del número de cursos y talleres que efectivamente se realicen. Este punto muerto se alcanzaría cuando el concesionario ejecutara 274,12 cursos, lo que supondría:

- una reducción del 9,23 % de los ingresos variables por cursos y talleres
- una reducción del 9,12% de los costes variables por cursos y talleres respecto al escenario base.

5. Otros escenarios planteados por la Administración. El Ayuntamiento de Barcelona ha realizado un análisis de sensibilidad, en el que se plantea la posibilidad de que el concesionario genere ingresos menores a los proyectados en el escenario base. Cualquier disminución en los ingresos podría aumentar las pérdidas obtenidas en la explotación de forma relevante.

Según los escenarios que se han puesto de manifiesto en el estudio económico y de viabilidad presentado por el Ayuntamiento, se podría dar la circunstancia de que la cuenta de explotación fuera negativa en la cantidad de 68.351,79 euros durante el periodo concesional, que conllevaría que el contratista no solo no obtendría ningún beneficio económico, sino que tan siquiera cubriría los gastos mínimos para mantener la actividad, asumiendo una disminución de los ingresos por prestación de servicios equivalentes a un 10% durante la vigencia del contrato.

Este porcentaje no es desdeñable, teniendo en cuenta que la posibilidad de obtener beneficio en este tipo de actividades y servicios objeto del contrato es extremadamente reducida, debido a que los gastos de recursos humanos y de personal constituyen la mayor parte de los gastos perfectamente definidos por la normativa laboral, de seguridad social y convenio sectorial que son de obligado cumplimiento.

Asimismo, las limitaciones de espacio y tiempo (horarios) del equipamiento, así como sus usos, no permiten un crecimiento ilimitado y, en consecuencia, existe un tope en el número de actividades que puedan generar mayor ingreso.

Por otro lado, las fluctuaciones en los intereses de la población, ya sea por la aparición de otros operadores y circunstancias, ya sea por cambios en las tendencias que afectan a la oferta de cursos y talleres, hacen que el margen de maniobra empresarial de gestión sea reducido, haciendo inviable que una empresa pueda mantener la viabilidad económica de una actividad o servicio soportando pérdidas anuales.

Todo ello nos permite afirmar que, en el caso que nos ocupa, el riesgo operacional asumido por el concesionario no es desdeñable ni meramente nominal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL VOTO PARTICULAR

Para definir el riesgo operacional de un contrato de concesión se debe acudir en primera instancia a 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, en sus considerandos 18, 19 y 20, establece lo siguiente:

> *"(18) Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. 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 aliviase 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.*
>
> *(19) Cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la presente Directiva. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor.*
>
> *(20) Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo*

operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario."

Tales consideraciones sobre el riesgo operacional han sido recogidas, como ya se ha expuesto, en el apartado 4 del artículo 14 de la LCSP.

Por su parte, la propuesta de informe, en su página 45, concluye que:

> *"En consecuencia, se considera que con la configuración de este contrato no se produce transferencia de riesgo operacional suficiente al contratista, fundamentalmente del* ***riesgo de demanda****, para configurar una naturaleza jurídica concesional, debido a la baja probabilidad de alcanzar una reducción de la demanda suficiente para llegar al punto muerto, ya que supondría, o bien un incumplimiento contractual (bajada del número de cursos), o bien una clara desviación de las condiciones normales de funcionamiento (caída del número de inscritos por debajo del histórico)."*

Esta parte discrepa respecto que no se produce una transferencia suficiente del riesgo operacional, fundamentalmente del riesgo de demanda, puesto que no se puede asegurar la inscripción a los cursos y talleres. La entidad adjudicataria no puede influir ni obligar a dicha inscripción, de manera que escapa a su control, quedando la inscripción expuesta a las vicisitudes propias del mercado, que son ajenas a la voluntad de las partes.

Expuesto lo anterior, de acuerdo con el concepto de riesgo operacional establecido por la Directiva y trasladado a la LCSP, deben concurrir tres presupuestos para que el contrato pueda considerarse concesión de servicios:

a) Exposición real a las incertidumbres del mercado.

Por la propia naturaleza del contrato que nos ocupa, no es posible determinar a priori el número exacto de personas que se inscribirán a los cursos y talleres, así como los medios requeridos para su ejecución.

Puesto que la demanda de este servicio es en gran medida, indeterminada e impredecible, queda acreditado que este tipo de servicio está expuesto a las incertidumbres del mercado.

Recordemos que el mercado está sometido a tensiones que tienen su origen en diferentes causas y que esas tensiones requieren de la actuación de los Estados. Recordemos, también, por ejemplo, que según los datos del Instituto Nacional de Estadística, la tasa de inflación interanual en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fue del 5,9% el pasado mes de julio. Aunque en España se registró el 2,6% de tasa de inflación durante el mes de agosto no debe olvidarse que nuestro país está subordinado también a las políticas monetarias del BCE, que como es sabido, ha subido progresivamente el tipo de interés, cosa que, en principio, reduce la demanda de crédito y el consumo. En semejante contexto las economías de las familias, tras superar lo peor de la pandemia de la COVID 19, han tenido que adaptarse a un incremento de los precios en los que también ha tenido una fuerte influencia la situación geopolítica –crisis bélica entre Rusia y Ucrania, pero no exclusivamente.

En fin, este escenario de crisis es noticia cada día en los medios de comunicación, que nos informan de las afectaciones al empleo, a calidad de las prestaciones sociales básicas, a la exposición al riesgo de la precariedad y la pobreza. En esta coyuntura las necesidades de ocio o de acceso a servicios o actividades no indispensables tienen una altísima probabilidad de quedar relegadas o subordinadas a la cobertura de las necesidades básicas.

En base a esta realidad puede afirmarse que no se puede prever el comportamiento del usuario de los cursos y talleres, siendo esperable que los ciudadanos prioricen su gasto o inversión en cubrir otras necesidades.

b) Pérdida por la transferencia del riesgo operacional no nominal o desdeñable.

Sobre este presupuesto se puede traer a colación la jurisprudencia sobre el riesgo operacional:

Sentencia Privater Rettungsdienst: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München — Alemania)

Para poder considerar un contrato como una concesión, debe encontrarse en algún punto por encima de "mínimo", "nominal", "desdeñable" o "insignificante", pero no tiene por qué llegar ni a "total", "sustancial", "significativo" o "mayoritario", por lo que, en la práctica, puede ser muy escaso.

El fallo del Tribunal es el que sigue:

> *"El artículo 1, apartados 2, letra d), y 4, de la Directiva 2004/18/CE 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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva."*

c) Inexistencia de garantía de que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido.

Tal como hemos argumentado en el escenario tercero de los antecedentes de hecho, la voluntad de los usuarios no está sujeta al control de la adjudicataria, además de que las circunstancias económicas y sociales del contexto comportan una alta probabilidad de provocar disminución en las inscripciones de los cursos y talleres.

CONCLUSIONES

Si bien la propuesta de informe reconoce que hay transferencia del riesgo operacional, no lo considera suficiente, el Ayuntamiento de Barcelona interpreta que sí se efectúa la transferencia efectiva del mismo al concesionario del contrato.

Con esos fundamentos, no se puede compartir la conclusión del informe y concluimos que el contrato de concesión de servicios para la explotación, gestión, dinamización y organización de los servicios del Centro Cívico y del Casal Infantil Urgell, del distrito del Eixample de Barcelona, cumple los requisitos de la Directiva 2014/23/UE y del artículo 14.4 de la LCSP en cuanto a la transferencia del riesgo operacional en tanto que las posibles pérdidas derivadas de la exposición a las incertidumbres del mercado no son nominales ni desdeñables.

Por tanto, el voto no es favorable a la aprobación del informe propuesto por las razones expuestas en los fundamentos de este voto particular.

MARIA ISABEL UJEDA CAÑETE - DNI 38083295X (AUT)

Signat digitalment per MARIA ISABEL UJEDA CAÑETE - DNI 38083295X (AUT)
Data: 2023.09.20 11:19:04 +02'00'

María Isabel Ujeda Cañete

Gestora de proyectos de la Dirección de Servicios

a las Personas y al Territorio del Distrito del Eixample

Ayuntamiento de Barcelona