

## **JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (COMISIÓN PERMANENTE)**

### **INFORME 2/2016**

Barcelona, 6 de abril de 2016.

Asunto: Adjudicación de contratos mediante procedimiento negociado sin publicidad, por razones técnicas o artísticas

#### **ANTECEDENTES**

1. El director del Instituto Catalán de las Empresas Culturales (ICEC) ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la contratación de restauraciones de películas de la Filmoteca de Cataluña. En concreto, plantea la posibilidad de contratar cada restauración de forma individual mediante procedimiento negociado al amparo del artículo 170 d del TRLCSP.

En el escrito de petición de informe expone que “hasta ahora, las contrataciones de restauraciones del patrimonio fílmico se habían llevado a término mediante diferentes procedimientos menores y negociados con un único empresario, en aplicación del apartado d del artículo 170 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSP) o bien contrataciones menores”; que, a causa de que los objetivos presupuestarios aumentan la dotación en restauraciones, “el precio máximo anual en restauraciones supera los 60.000 euros, por lo que se tendría que realizar un procedimiento abierto”; y que ninguna restauración se puede considerar igual a la otra y, por lo tanto, “no se podrían agrupar en una única contratación global”.

II. De acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, sobre los requisitos que deben reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva, la petición de informe del ICEC adjunta el Informe elaborado por el director de la Filmoteca de Cataluña y la Jefa del Centro de Conservación y Restauración de la Filmoteca, en el cual se hace referencia a la importancia del Patrimonio Cinematográfico, que incluye el Patrimonio Fílmico, como parte del Patrimonio Cultural Catalán; a la Filmoteca de Cataluña, como institución que debe velar por la preservación y la difusión del patrimonio audiovisual y de la cultura cinematográfica, y que tiene como funciones propias recuperar, preservar, catalogar y restaurar el patrimonio fílmico y documental, entre otros; a las singularidades del proceso de restauración de la obra cinematográfica; y a la necesidad de contratar cada restauración a laboratorios determinados aplicando el artículo 170 d del TRLCSP.

En concreto, se señalan como singularidades del proceso de restauración, entre otras, que es una tarea de gran complejidad, al tratarse de un sistema tecnológico donde concurren valores artísticos, industriales e históricos, en qué la combinación de los diferentes tipos de técnicas utilizadas en la cinematografía con el estado de conservación de cada material, hace que cada proyecto de restauración sea único y diferente al otro; que la restauración viene determinada por códigos profesionales de restauración y códigos éticos, que exigen hacer el seguimiento del proceso de restauración y documentar todo el proceso para garantizar su reversibilidad en el futuro; y que los nuevos elementos se deben generar de acuerdo con el sistema tecnológico original de la obra, de manera que cada título debe partir de un conocimiento exhaustivo de las diversas tecnologías que la industria cinematográfica ha utilizado a lo largo de los años. Asimismo, en este informe se indica que son poquísimas las empresas que siguen utilizando las tecnologías requeridas, dado el cambio del cine fotoquímico al digital; que las empresas o los técnicos que tienen el conocimiento y la experiencia, para poder realizar o proponer criterios de actuación apropiados y fiables a los parámetros de trabajo de la Filmoteca, cada vez son menos y están más dispersos por Europa; y que la proximidad geográfica es un factor determinante a la hora de escoger un laboratorio o un técnico, tanto para minimizar al máximo el traslado de los materiales, por las exigencias formales, el riesgo y los costes en seguridad que en

determinados casos eso supone, como para que resulte viable el desplazamiento continuado para supervisar y documentar el proceso de restauración.

Así, en el Informe se indica que la Filmoteca “de acuerdo a la excepcionalidad que recoge el TRLCSP para criterios artísticos y técnicos debería poder escoger, en función de las circunstancias y el estado de cada material a restaurar, cuál es el laboratorio o profesional más adecuado para realizar las tareas de restauración, dado que no hay margen de error ni de reposición de este patrimonio”.

III. Posteriormente, la Secretaria General de Cultura de la Generalitat de Catalunya dirige un escrito de solicitud de informe a esta Junta Consultiva en relación con “la gestión de servicios públicos prevista en el artículo 277 del TRLCSP”, en el cual indica que a fin de que la Filmoteca pueda seguir llevando a cabo su objetivo principal de recuperación, conservación, catalogación, restauración y difusión del patrimonio fílmico, “se requeriría poder contratar la gestión de este servicio público con una empresa que realice estas prestaciones, con respecto a la restauración del material que habitualmente restaura directamente la Filmoteca y no mediante laboratorios externos, y ante la imposibilidad de contratar personal propio”.

En concreto, plantea, en primer término, si en caso de “disponer del local y del hardware necesario” sería posible esta contratación, en la que “la empresa adjudicataria prestaría los servicios en las instalaciones de la Filmoteca”, lo cual “permitiría una supervisión de los resultados por parte de los responsables del Centro de Conservación y Restauración de la Filmoteca, que asumiría la organización y el riesgo;” y, en segundo término, “la posibilidad de adjudicar esta gestión de servicios públicos sin concurrencia pública”.

IV. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, los departamentos de la Generalitat, sus entidades autónomas y el resto de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

I. La consulta formulada por el ICEC hace referencia a la contratación de los servicios de restauración del patrimonio fílmico de la Filmoteca de Cataluña y, en concreto, a la posibilidad de contratar cada restauración de forma individual mediante procedimiento negociado sin publicidad ni concurrencia, fundamentado en la causa prevista en el artículo 170 del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público (de ahora en adelante, TRLCSP).

Con carácter previo al análisis de la aplicación del procedimiento negociado por esta causa habilitante se considera necesario efectuar una breve consideración, de carácter general, sobre la utilización del procedimiento negociado, dada la alusión en el escrito de petición de informe a la utilización de este procedimiento en razón de la cuantía.

Como es sabido, la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de manera que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente puede utilizarse en los supuestos enumerados taxativamente en el TRLCSP, los cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva. El TRLCSP establece supuestos generales de aplicación de este procedimiento (artículo 170) y, además, supuestos específicos para cada tipo de contrato (artículos 171 a 175), entre los cuales se encuentra el relativo al hecho de que el valor estimado del contrato esté por debajo de un determinado umbral —en el caso de los servicios, 100.000 euros, debiendo ser objeto de publicidad cuando superen los 60.000 euros.

Así, la concurrencia de uno de los supuestos previstos en el TRLCSP, generales o específicos, habilita, por sí mismo, para utilizar este procedimiento, sin que el requisito de la cuantía del contrato tenga que concurrir de manera adicional. Por lo tanto, en el caso concreto de utilización del procedimiento negociado por concurrir la causa establecida en el artículo 170 del TRLCSP requiere que se den razones técnicas o artísticas que comporten que el contrato sólo pueda encomendarse a una empresa determinada, con independencia de su cuantía.

Por otra parte, hay que tener presente que el supuesto de utilización del procedimiento negociado amparado en la razón de la cuantía no figura en la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de febrero de 2014, sobre contratación pública (de ahora en adelante, Directiva 2014/24/UE) —como tampoco figuraba en la anterior Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (de ahora en adelante, Directiva 2004/18/CE)—, la cual únicamente habilita la utilización de este procedimiento en las situaciones establecidas en el artículo 26.4 y del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos tasados en el artículo 32. Por lo tanto, a partir del próximo día 18 de abril, fecha en la que finaliza el plazo para su transposición, únicamente se podrá recurrir a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos establecidos con carácter tasado en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE<sup>1</sup>.

II. El artículo 170 del TRLCSP habilita la utilización del procedimiento negociado sin publicidad “cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado”. Esta causa tiene su origen en el derecho comunitario en materia de contratación pública, en concreto, en el artículo 31.1 b de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE —que mantiene la previsión y la regula con más concreción.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante, TJUE) este supuesto de utilización del procedimiento negociado debe ser objeto de una interpretación estricta y, en todo caso, su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que estas razones hagan “absolutamente necesaria” la adjudicación del contrato a una empresa determinada.<sup>2</sup>

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también se ha pronunciado respecto de esta causa habilitante de utilización del procedimiento negociado, entre otros, en el Informe 11/04, de 7 de junio, en el cual indica que el precepto que la preve’ “no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad” de adjudicar el contrato directamente a un empresario sino que, tajantemente, dispone que procederá cuando “sólo se pueda encomendar a un único empresario”; y en el Informe 52/06, de 11 de diciembre, en el cual señala que lo decisivo es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, “siendo motivo indirecto y remoto que eso sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva”.

Por lo tanto, la circunstancia esencial para aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d del TRLCSP es que objetivamente exista una única empresa o profesional capacitado para realizar la prestación objeto del contrato, ya sea por una razón técnica, artística o de derechos de exclusiva, de manera que sea innecesaria la licitación del contrato, ya que no existe posibilidad de promover la concurrencia.

Además, hay que tener en cuenta que esta causa de utilización del procedimiento negociado no sólo implica una restricción a la concurrencia y a la publicidad, sino también a la propia regla establecida en el TRLCSP relativa a la necesidad de solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que eso sea posible. Es justamente por este motivo que se tiene que utilizar en circunstancias muy excepcionales que deben motivarse y acreditarse suficientemente en el expediente de contratación<sup>3</sup>.

De hecho, el órgano de contratación es quien debe asumir la carga de la prueba que concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto, no siendo suficiente, por su propia excepcionalidad, la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es el único que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación mediante, en su caso, los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad.<sup>4</sup>

En todo caso, la exclusividad por motivos técnicos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad no se encontraría justificada cuando fuera consecuencia de unas especificaciones técnicas definidas para que el contrato sólo se pudiera adjudicar a una determinada empresa, en la medida en que se exigieran unos requisitos que sólo pudiera cumplir una única empresa o profesional, cuando existieran soluciones equivalentes en el mercado<sup>5</sup>.

Actualmente, el artículo 32.2 b de la Directiva 2014/24/UE prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios sólo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto cuando el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o se tengan que proteger derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones “sólo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación”.

En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; que las excepciones se tienen que limitar a los casos en que la publicación no sea posible, dado que “no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato”; y que este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del mismo objeto artístico. Asimismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que “únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación”, y siempre que “no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”; y que “los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional”.<sup>6</sup>

1 Así lo ha señalado esta Junta Consultiva en el Informe 1/2016, de 6 de abril, relativo a los contenidos de la Directiva 2014/24/UE que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016.

2 Así se determinó en la Sentencia de 3 de mayo de 1994 (asunto C-328/92), en la cual el TJUE declaró el incumplimiento del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho comunitario en materia de contratación pública al exigir, en la legislación básica de la Seguridad Social, que la Administración adjudicara por procedimiento directo, sin publicidad ni concurrencia, los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social. Según el TJUE no es suficiente con que los productos y especialidades farmacéuticas estén protegidos por derechos exclusivos, sino que, además, es necesario que únicamente se puedan fabricar o entregar por un proveedor determinado, por lo tanto, que se trate de productos y especialidades para los cuales no exista competencia en el mercado. Posteriormente, se reiteró en la Sentencia de 14 de septiembre de 2004 (asunto C-385/02), y en la Sentencia de 2 de junio de 2005 (asunto C394/02).

3 Así, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 75/2012, de 12 de julio, indica que su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable que concurre aquella exclusividad, y que, en caso contrario, el procedimiento se encontraría afectado por un vicio de nulidad de pleno derecho.

4 El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (de ahora en adelante, TACRC) en la Resolución 504/2014, de 4 de julio, establece que es necesario incorporar al expediente de los contratos adjudicados por procedimiento negociado por razones de exclusividad un certificado emitido por un técnico independiente de la empresa adjudicataria, en el cual se acredite efectivamente que esta es la única que puede realizar el objeto del contrato. Asimismo, se indica por el Tribunal de Cuentas en el Informe 1011, de 23 de diciembre de 2013, de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las entidades estatales que de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público tienen la consideración de administraciones públicas.

5 En el Informe 15/2012, de 30 de noviembre, respecto de la utilización del procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d del TRLCSP para la adquisición de una determinada vacuna, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya señaló que las razones técnicas no se dan cuando se descarta otra vacuna que tiene una funcionalidad equivalente a la vez que se definen unas especificaciones técnicas por referencia a un producto sujeto a patente; y que, por lo tanto, si desde el punto de vista técnico se da la equivalencia, nada tiene que impedir la concurrencia efectiva de las diversas propuestas de producto equivalentes y la articulación jurídica de la contratación debe corresponderse con la apertura del mercado a través de uno de los procedimientos ordinarios de contratación.

6 En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 35/06, de 30 de octubre, ya afirmó que el ámbito territorial de la exclusividad depende del objeto del contrato y que lo decisivo es que, por el conducto que sea adecuado y suficiente, se justifique la existencia de un único empresario que pueda realizar el objeto del contrato, sin restricción del ámbito territorial de la exclusividad”.

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones “hay que citar la práctica imposibilidad técnica que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a la disposición de un único operador económico”, y que “pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse”.

En definitiva, la adjudicación de un contrato al amparo del artículo 170 del TRLCSP fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos los que ya se conoce que sólo se pueden cumplir por una empresa determinada.

III. Una vez delimitadas las circunstancias que deben concurrir para la aplicación de la causa de utilización del procedimiento negociado del artículo 170 d del TRLCSP, se considera conveniente efectuar alguna consideración sobre las especificidades del proceso de restauración del patrimonio fílmico puestas de manifiesto en el informe adjunto al escrito de petición de informe, a efectos de su contratación mediante procedimientos negociados sin publicidad ni concurrencia por razones artísticas o técnicas.

De acuerdo con lo que se ha expuesto en la consideración jurídica anterior, hay que descartar, en primer término, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad ni concurrencia por razón de criterios artísticos, ya que el objetivo de la contratación no es la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística singular. En segundo lugar, la utilización de este procedimiento para contratar el servicio de restauración del patrimonio fílmico, por razón de criterios técnicos, exige que se acredite que objetivamente una única empresa puede prestar este servicio, porque necesariamente su prestación requiere determinados conocimientos técnicos y herramientas o el uso de medios específicos de los sólo dispone un único laboratorio o profesional determinado.

Esta circunstancia no parece que se dé, al menos en todos los casos, en el servicio que es objeto de análisis, en la medida en que el mismo informe que se adjunta a la petición de informe hace referencia al hecho de que “poquísimas son las empresas” que actualmente utilizan las tecnologías que la industria cinematográfica ha utilizado a lo largo de los años y necesarias para cada trabajo de restauración —según se señala, los nuevos elementos que se obtienen con cada restauración se tienen que generar de acuerdo con el sistema tecnológico original de la obra cinematográfica; y “las empresas o los técnicos que tienen el conocimiento y la experiencia para poder realizar o proponer criterios de actuación apropiados y fiables a los parámetros de trabajo de la Filmoteca, cada vez son menos y más dispersos por Europa”.

En todo caso, son los servicios o equipos técnicos integrados en el órgano de contratación los que deben determinar, para cada contratación en particular, si existe posibilidad de promover la concurrencia o no, por concurrir razones técnicas que comportan que deba encargarse necesariamente la ejecución del contrato a un único laboratorio o profesional, las cuales, como se ha dicho anteriormente, se tienen que definir y justificar rigurosamente en el expediente.

En este sentido, hay que reiterar que la concurrencia de razones técnicas, por sí mismas, no justifica la aplicación de esta causa del procedimiento negociado sin publicidad, si existe más de una empresa o profesional que puede ejecutar la prestación. Por lo tanto, no es suficiente con justificar de que se trata de un servicio de gran complejidad dadas las propias particularidades del material cinematográfico a restaurar, que requiere la utilización de determinadas técnicas y materiales y el seguimiento de métodos concretos, si no se acredita, para cada caso en particular, que su prestación sólo se puede encomendar a una empresa determinada.

Así, en relación con la necesidad de seleccionar, según se indica en el informe adjunto a la petición de informe, “las empresas, laboratorios, técnicos y colaboradores más adecuados e indicados, de acuerdo a la restauración artística”, hay que recordar la importancia que tiene la definición de las prescripciones técnicas y

de los criterios de selección de las empresas —fundamentalmente, de los requisitos de solvencia— para identificar las más idóneas para ejecutar adecuadamente el objeto contractual.

Con respecto a la “proximidad geográfica del laboratorio cinematográfico” que, según se señala en el mismo informe adjunto, “es un factor determinante a la hora de escoger un laboratorio o un técnico, tanto para minimizar al máximo el traslado de los materiales como para que resulte viable, económicamente y humanamente, el desplazamiento continuado para supervisar y documentar el proceso de restauración”, hay que señalar, en la línea de lo que ya se ha indicado, que la localización de una empresa no puede justificar acudir a un procedimiento excepcional sin publicidad previa ni concurrencia, ya que no constituye, por sí misma, una razón técnica indicativa de que sólo una única empresa puede prestar este servicio.

Además, la necesidad de no trasladar determinadas obras cinematográficas no necesariamente tiene que estar vinculada a la proximidad de la empresa contratista. Así, hay que recordar que esta Junta Consultiva ya señaló, en el Informe 6/2011, de 5 de julio, que el requisito de la proximidad en la ubicación de la empresa que ejecute el contrato, cuando lleve aparejada una mejor prestación del servicio o bien sea necesaria para la ejecución correcta del contrato, puede establecerse excepcionalmente como a una condición de ejecución, y que, en todo caso, su procedencia debe analizarse caso por caso.

Por lo tanto, en las restauraciones de las obras cinematográficas en las que no concurren las circunstancias exigidas para justificar la aplicación de la causa del artículo 170 d del TRLCSP, la contratación de estas restauraciones se debe articular de la manera más respetuosa con los principios rectores de la contratación pública, y la adjudicación se debe realizar, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido —en particular, la utilización de este procedimiento resultará pertinente en los casos en los que se requiera seleccionar las empresas más solventes económicamente y técnicamente. Además, la normativa de contratos del sector público contiene mecanismos que, con una planificación adecuada de las contrataciones que deben llevarse a cabo, contribuyen a una contratación más eficiente y ágil.

Así, sí, como se señala en el escrito de petición de informe, efectivamente “ninguna restauración se puede considerar igual a la otra y, por lo tanto, no podrían agruparse en una única contratación global”, podría plantearse la opción de estructurar la licitación del servicio de restauración en lotes, en función de cada proyecto de restauración, en los casos en que éstos sean próximos en el tiempo, de manera que se tramitara un único expediente de contratación. Además, una planificación previa de las contrataciones de servicios de restauración podría permitir diseñar la adquisición a través de un sistema de racionalización de la contratación, por ejemplo, actualmente mediante el establecimiento de un acuerdo marco, suscrito con una única empresa o con diversas, y en el cual se fijen o no todas las condiciones de los futuros contratos.

Finalmente, y dada la mención que se hace en el escrito de petición de informe a la adjudicación sucesiva de contratos menores, hay que recordar que la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en los que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y que, en todo caso, es una figura a la cual únicamente se puede recurrir si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

**IV.** Por otra parte, se plantea también la cuestión relativa a la posibilidad de contratar la gestión de los servicios de recuperación, conservación, catalogación, restauración y difusión del patrimonio fílmico, con una empresa que realice estas prestaciones a través de un contrato de gestión de servicios públicos, de manera que “la empresa adjudicataria prestaría los servicios en las instalaciones de la Filmoteca”, la cual supervisaría los resultados y, además, “asumiría la organización y el riesgo”. Asimismo, se plantea la posibilidad de adjudicar “esta gestión de servicios públicos sin concurrencia pública”.

El contrato de gestión de servicios públicos se define y regula en los artículos 8, 132, 133 y 275 a 289 del TRLCSP. A efectos de lo que ahora interesa hay que tener en cuenta que, de acuerdo con este régimen jurídico, un servicio se puede gestionar indirectamente cuando se trate de un “servicio público” cuya competencia corresponda a una administración pública, del que se haya determinado el régimen jurídico previamente, no implique el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos y sea susceptible de explotación por los particulares. Además de la necesaria concurrencia de estos requisitos, hay que tener en

cuenta que un servicio sólo podrá ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión, cuando la actividad sea susceptible de ser explotada económicamente y se traslade el riesgo derivado de la explotación a la empresa adjudicataria 7.

En concreto, según se señala en el propio escrito de petición de informe, este requisito de la necesaria asunción del riesgo de explotación, o riesgo operacional 8, por la empresa contratista no se daría en la contratación que se pretende llevar a cabo ya que la empresa adjudicataria prestaría los servicios en las instalaciones de la Filmoteca, que dispone del “local y material necesario”, que supervisaría los resultados y “asumiría la organización y el riesgo”. Además, por el mismo objeto de los servicios a los que se hace referencia, relacionados con la conservación y la recuperación del patrimonio fílmico, no parece que el riesgo al que se alude en el escrito mencionado se corresponda con el riesgo operacional de exposición de la empresa contratista a las incertidumbres del mercado.

Por lo tanto, las prestaciones descritas podrían ser objeto de un contrato de servicios, más teniendo en cuenta que en el anexo II del TRLCSP, donde constan las categorías en las cuales se dividen esta tipología de contratos, se contiene una específica relativa a servicios de ocio, culturales y deportivos (categoría 26) en la cual se incluyen, atendiendo a los CPV con que se describen, los “servicios de catalogación” (79995200-7) y los “servicios de cine y vídeo” (92100000-2).

En todo caso, con respecto a la contratación de la gestión de estos servicios “con una empresa”, hay que tener en cuenta que, si bien la agrupación en un único contrato de prestaciones que podrían ser objeto de contratos independientes forma parte de la voluntad del órgano de contratación, por los posibles efectos negativos que dicha agrupación puede tener en la libre competencia y en el principio de concurrencia, es recomendable valorar la posibilidad de dividir el objeto del contrato en lotes 9. En este sentido, hay que recordar que de acuerdo con la Directiva 201 41241UE, la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que sea posible, constituye la regla general y que a partir del próximo día 18 de abril, fecha en la que finaliza el plazo para su transposición, se tendrá que justificar en el expediente de contratación la decisión de no hacerlo.

Finalmente, respecto de la posibilidad de adjudicar estos servicios sin concurrencia pública, hay que tener en cuenta lo que se ha señalado en las consideraciones jurídicas II y III de este Informe, en relación con los supuestos en los que procede la aplicación de la causa de utilización del procedimiento negociado del artículo 170 d del TRLCSP.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**I.** La utilización del procedimiento negociado sin publicidad por concurrir el supuesto del artículo 170 d del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSP) procede cuando es imposible promover la concurrencia porque existen razones técnicas, artísticas o de protección de derechos de exclusiva que comportan que sólo una única empresa pueda ejecutar el contrato, las cuales se deben justificar rigurosamente y acreditar suficientemente por el órgano de contratación en el expediente.

En concreto, la contratación del servicio de restauración del patrimonio fílmico mediante procedimiento negociado sin publicidad ni concurrencia por razón de criterios técnicos, exige que se acredite, para cada contratación en particular, que una única empresa puede prestar este servicio, porque necesariamente su prestación requiere determinados conocimientos técnicos o el uso de herramientas o de medios específicos de los que dispone sólo un laboratorio o profesional determinado.

**II.** La contratación de la gestión de los servicios de recuperación, conservación, catalogación, restauración y difusión del patrimonio fílmico a través de un contrato de gestión de servicios públicos requeriría la concurrencia de los requisitos establecidos para esta tipología contractual en el TRLCSP y, en particular, en la modalidad de concesión, que fueran susceptibles de ser explotados económicamente y se trasladara a la empresa adjudicataria el riesgo operacional de exposición a las incertidumbres del mercado. En todo caso, estos servicios pueden ser objeto de un contrato de servicios, debiéndose valorar la posibilidad de diseñar su contratación en lotes.

7 Así se indicó tanto por la doctrina de las diversas juntas consultivas (entre otros, informes 15/2014, de 17 de diciembre, y 11/2010, de 26 de noviembre, de esta Junta Consultiva; 12/2010, de 23 de julio, y 22/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva del Estado; y 4/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Aragón), como por la de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (entre otros, resoluciones 24/2015, de 6 de febrero, Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; 703/2015, de 24 de julio, y 366/2014, de 9 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; y 80/2015, de 10 de junio, y 60/2014, de 2 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid).

8 El requisito del riesgo de explotación deriva de la jurisprudencia del TJUE y, ahora, se recoge en 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, la cual entrará en vigor el día 18 de abril. Esta Directiva regula por primera vez el régimen jurídico específico de las concesiones de obras y de servicios, y establece que el derecho a explotar el servicio es la característica principal de estas, e implica la transferencia a la empresa concesionaria de un riesgo operacional de carácter económico que las diferencia de los contratos públicos de servicios. Este riesgo operacional se define en la misma Directiva, como el riesgo de exposición real a las incertidumbres del mercado y puede consistir en un riesgo de demanda —riesgo que deriva de la demanda real de los servicios objeto del contrato—, o en un riesgo de oferta —riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda— o en una conjunción de ambos.

9 Así lo señaló también esta Junta Consultiva en el Informe 17/2015, de 21 de diciembre, entre otros.