



Informe 3/2022, de 27 de juny, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Prestació de serveis socials per entitats privades. Règim jurídic aplicable al servei de menjador escolar.

ANTECEDENTS

I. Des del Consell Comarcal de l'Urgell s'ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa en relació amb diverses qüestions relatives al servei de menjador escolar.

La sol·licitud d'informe adjunta un escrit del president de l'entitat en el qual es concreten les qüestions respecte de les quals se sol·licita l'informe, relatives a quin pot ser el negoci jurídic que ha de donar cobertura o vehicular la prestació del servei de menjador escolar, a si és possible que la "gestió" d'aquest servei es dugui a terme per les associacions de famílies d'alumnes (AFA) i a si es pot considerar exclòs de l'àmbit d'aplicació de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, el negoci jurídic que doni cobertura a la prestació d'aquest servei. Així mateix, en aquest escrit es contextualitza la petició d'informe al·ludint a la disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, de 10 de juliol, d'educació, relativa al foment de la participació de les famílies en la gestió dels centres educatius públics per mitjà de la gestió dels menjadors escolars, i a un informe jurídic emès pel Departament d'Educació sobre l'abast d'aquesta disposició addicional.

En el marc d'aquesta contextualització, les qüestions respecte de les quals es sol·licita informe es plantegen en els termes literals següents:

"Primera.- La DA 29ena de la llei d'educació faculta el Consell Comarcal de l'Urgell per signar un conveni amb les associacions de famílies d'alumnes (AFA) de la comarca per la gestió del servei de menjador escolar sense efectuar més tràmits i, per tant, exceptuant l'aplicació de la LCSP?

En alguns casos les AFA no presten el servei amb mitjans propis, en aquests casos és també possible la signatura d'un conveni?

Si es considera que el Consell Comarcal pot encomanar la gestió dels menjadors escolars a les AFA mitjançant conveni però complint, en tot cas, amb les prescripcions de l'article 11.6, quin és el procediment que ha de seguir el Consell i com poden, en el seu cas, les AFA contractar aquest servei a una empresa del sector?

Segona.- Per al cas que la gestió dels menjadors s'efectuï per una empresa habilitada a prestar aquest servei, aquest article 11.6 LCSP permet al Consell efectuar una contractació amb una empresa del sector fora de la LCSP? Quin procediment s'hauria de seguir?

Tercera.- Per al cas que la contractació del servei de menjador escolar amb una empresa del sector no es pugui excloure de la llei de contractes del sector públic, la qualificació el contracte és la de concessió de serveis de l'article 15 LCSP? En aquest cas, d'acord amb l'article 131.2 de la LCSP necessàriament caldrà utilitzar el procediment restringit?"



II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Per donar resposta a les qüestions plantejades cal analitzar, en primer lloc, l'àmbit d'aplicació objectiu de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara endavant, LCSP), amb especial referència al supòsit d'exclusió previst a l'article 11.6 de la LCSP, relatiu a la prestació de serveis socials –entre els quals, com es veurà, s'inclou el servei de menjador escolar– per entitats privades; i seguidament el règim jurídic per prestar a Catalunya els serveis a les persones, així com la normativa reguladora del servei de menjador escolar i el paper que hi poden tenir les associacions de famílies d'alumnes (AFA) en la prestació del servei.

I. Àmbit d'aplicació objectiu de la LCSP: especial referència al supòsit d'exclusió previst en l'article 11.6 de la LCSP

La LCSP estableix, respecte del seu àmbit d'aplicació, que té per objecte regular “la contractació del sector públic” (article 1) i que són contractes del sector públic i, en conseqüència, estan sotmesos a aquesta Llei en la forma i els termes que s'hi preveuen, els contractes onerosos, sigui quina sigui la seva naturalesa jurídica, que subscriuguin les entitats del sector públic enumerades a l'article 3 i, per tant, subjectes a la LCSP (article 2).¹ Així, la normativa sobre contractació pública s'aplica quan les entitats del sector públic subscriuguin contractes a títol oneros i per escrit, l'objecte dels quals sigui la realització d'obres, l'adquisició de béns o la prestació de serveis, i això amb independència que el subjecte passiu de la relació contractual pertanyi al sector públic o al sector privat.²

¹ Aquest mateix article 2 de la LCSP disposa que el contracte té caràcter oneros en els casos en què el contractista obtingui algun tipus de benefici econòmic, ja sigui de manera directa o indirecta. Convé recordar també que, en l'àmbit del dret privat, l'article 1274 del Codi civil espanyol determina que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (...)”.

² Aquesta delimitació parteix, com no pot ser d'una altra manera, de l'efectuada per la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, de conformitat amb la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en la qual es defineixen els “contractes públics” com els contractes onerosos subscrits per escrit entre un o diversos operadors econòmics i un o diversos poders adjudicadors, l'objecte dels quals sigui l'execució d'obres, el subministrament de productes o la prestació de serveis (article 2.1.5); i es considera com a operador econòmic tota persona física o jurídica, entitat pública, o agrupació de persones o entitats, que ofereixi al mercat l'execució d'obres o una obra, el subministrament de productes o la prestació de serveis (article 2.1.10).



Pel que fa al caràcter oneros de les prestacions com a element essencial i definitori dels contractes del sector públic, la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea n'ha anat desenvolupant un concepte ampli, que també han anat admetent tant els òrgans consultius específics en matèria de contractació pública com els tribunals que resolen recursos especials en matèria de contractació.³ Així, per exemple, el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic assenyala que l'exigència d'onerositat "implica que les parts han d'obtenir beneficis econòmics amb caràcter sinal·lagmàtic i això, en el cas del contractista, té el seu reflex ordinàriament en la retribució que percep a canvi de la prestació objecte del contracte" si bé "aquesta prestació no ha d'adoptar necessàriament la forma d'un preu individualitzat, sinó que determinats costos poden ser objecte de compensació o integració amb d'altres dels previstos per a l'execució del contracte".⁴

D'acord amb el que s'acaba d'exposar, les relacions o negocis jurídics duts a terme per un ens del sector públic subjecte a la LCSP que reuneixin els elements definitoris d'un contracte públic –destacant-ne el caràcter oneros– d'acord amb la mateixa LCSP es troben inclosos dintre de l'àmbit d'aplicació de la normativa reguladora dels contractes públics. No obstant el que s'ha dit, la pròpia LCSP en els seus articles 5 i següents exclou una sèrie de relacions jurídiques, negocis i contractes del seu àmbit d'aplicació.

D'aquestes exclusions, cal tenir en compte, per tal de donar resposta a les qüestions plantejades des del Consell Comarcal de l'Urgell, en primer lloc, la regulació continguda a l'article 6 de la LCSP, que exclou del seu àmbit d'aplicació els convenis subscrits entre si per ens públics, el contingut dels quals no estigui comprès en el dels contractes regulats a la LCSP o en normes administratives especials –sempre que les entitats intervinents no tinguin vocació de mercat, que el conveni estableixi o desenvolupi una cooperació entre les entitats participants amb la finalitat de garantir que els serveis públics que els incumbeixen es presten de manera que s'aconsegueixin els objectius que tenen en comú i que el desenvolupament de la cooperació es guiï únicament per consideracions relacionades amb l'interès públic–⁵; així com també els que subscriguin les entitats del sector públic amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat –amb l'únic

³ L'[Informe de 14 de juny de 2021](#) de la Secretaria Tècnica d'aquesta Junta Consultiva de Contractació analitza aquest caràcter oneros i fa referència a les sentències del TJUE de 18 de juny de 2020 (ass. C-328/19) i de 28 de maig de 2020 (ass. C-796/18) que recorden que el fet que un contracte públic se subscrui a títol oneros implica que el poder adjudicador rep, en virtut d'aquest, mitjançant una contrapartida, una prestació que ha de comportar un interès econòmic directe per a aquest poder adjudicador, així com també la necessitat que tingui caràcter sinal·lagmàtic. Així mateix, en les conclusions de l'advocat general presentades l'11 d'abril de 2013 (ass. C-576/10) i la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 25 de març de 2010 (ass. C-451/2010), a les quals al·ludeix el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals (TACRC) a la Resolució 396/2014, de 23 de maig, es fa referència a l'onerositat del contracte públic centrada en el benefici del poder que adjudica el contracte.

⁴ Per exemple, a la [Resolució 204/2018, de 17 d'octubre](#), que es reproduïx a la [Resolució 370/2019, d'11 de desembre](#).

⁵ Aquesta Junta Consultiva de Contractació es va pronunciar sobre la cooperació pública horitzontal, fent especial referència a la condició que les entitats intervinents no tinguin vocació de mercat i a la cooperació que n'ha de constituir l'objecte, a l'[Informe 7/2020, de 17 de juny](#).



requisit que el seu contingut no estigui comprès en el dels contractes regulats en aquesta Llei o en normes administratives especials.

Per tant, es pot donar resposta ja ara a la primera de les qüestions plantejades, relativa a la possibilitat que el Consell Comarcal subscrigui un conveni amb les AFA sense efectuar més tràmits i exclòs de la LCSP, en sentit negatiu, atès que la subscripció d'aquests convenis només seria possible si el seu objecte –la prestació del servei de menjador escolar– no fos pròpia d'un contracte del sector públic. A més, cal també tenir en compte que, en cas de no prestar directament el servei les mateixes AFA, els convenis es traduirien en una habilitació a aquestes entitats subjectes al dret privat perquè contractessin el servei amb un tercer, sostraint així aquesta contractació de les garanties i l'aplicació dels principis que regeixen la contractació pública, principalment els de publicitat, competència, igualtat i lliure concurrència, que li resultin d'aplicació.

En segon terme, i amb caràcter principal, entre les exclusions del seu àmbit d'aplicació que preveu la LCSP, cal fer referència, a efectes de les qüestions que es plantegen en la petició d'informe a la continguda en l'article 11.6 de la LCSP, en el qual s'estableix que “queda exclosa d'aquesta Llei la prestació de serveis socials per entitats privades, sempre que aquesta es dugui a terme sense necessitat de subscriure contractes públics, a través, entre altres mitjans, del simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions que el poder adjudicador hagi fixat prèviament, sense límits ni quotes, i que el sistema esmentat garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no-discriminació”.

Aquesta exclusió cal posar-la en relació amb la disposició addicional quaranta-novena de la LCSP, que porta per títol “legislació de les comunitats autònomes relativa a instruments no contractuals per a la prestació de serveis públics de caràcter social”, en la qual es preveu que “el que estableix aquesta Llei no obsta perquè les comunitats autònomes, en l'exercici de les competències que tenen atribuïdes, legislin articulant instruments no contractuals per prestar serveis públics destinats a satisfer necessitats de caràcter social”.

És en el marc d'aquesta possibilitat que el Consell Comarcal de l'Urgell planteja les qüestions objecte d'aquest informe, tenint en compte el que estableix la disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació, relativa al “foment de la participació de les famílies en la gestió dels centres educatius públics per mitjà de la gestió dels menjadors escolars” –que preveu que les associacions de famílies poden gestionar els menjadors escolars respectius per mitjà de la subscripció de convenis de gestió amb la corresponent administració. En essència, les qüestions plantejades es basen a determinar si el marc normatiu vigent dona cobertura a què la prestació del servei de menjador escolar es pugui articular mitjançant la subscripció de convenis amb entitats privades, com les AFA, exclosos de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual en virtut del que disposa aquest article 11.6 de la LCSP o, en cas de no ser possible, si aquest servei es troba subjecte a la normativa contractual i quin seria el tipus de contracte, així com el procediment per adjudicar-lo.

A aquest efecte, cal recordar que l'origen o la base de l'article 11.6 de la LCSP és a la Directiva 2014/24/UE, ja esmentada, en el considerant 114 de la qual s'assenyala la necessitat d'establir un règim específic per als contractes públics relatius als serveis a les



persones –com són determinats serveis socials, sanitaris i educatius– que “siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada” i que “se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales”.

En aquest ordre de consideracions, a l'article 74 de la Directiva s'estableix un règim específic per a aquests contractes de serveis socials i altres serveis específics enumerats a l'annex XIV⁶, amb un llindar més elevat que el que aplica a altres serveis, de 750.000 euros. Respecte dels contractes de serveis a les persones amb valors inferiors a aquest llindar, en aquell considerant 114 s'assenyala que no tenen normalment interès per als proveïdors d'altres estats membres i, pel que fa als que estiguin per sobre, s'afirma que, atesa la importància del context cultural i el seu caràcter delicat, s'ha d'oferir als estats membres un ampli marge de maniobra per organitzar l'elecció de proveïdors dels serveis de la manera que considerin més oportuna, si bé imposa l'observança dels principis fonamentals de transparència i igualtat de tracte, així com la possibilitat d'aplicar, per a l'elecció dels proveïdors de serveis d'aquesta naturalesa, criteris de qualitat específics.

A més, en el mateix considerant 114 de la Directiva 2014/24/UE, s'afirma també que “los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

En aquest sentit, la transposició d'aquestes previsions de la Directiva 2014/24/UE a l'ordenament jurídic espanyol mitjançant l'article 11.6 i la disposició addicional quarantavena de la LCSP, obren la via perquè les autoritats competents per a la gestió dels serveis públics a les persones puguin prestar els serveis socials directament per si mateixos, indirectament mitjançant contractes o mitjançant una acció concertada no contractual.⁷

Per tant, la possibilitat de deixar fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa de contractació pública els negocis jurídics mitjançant els quals es vehiculi la prestació dels serveis a les persones requereix que se n'hagi fet ús per part de les comunitats autònomes, “articulant instruments no contractuals per a la prestació de serveis públics destinats a satisfer

⁶ Entre els serveis a les persones identificats en aquest annex XIV s'inclouen els serveis de menjador escolar –CPV 55524000-9, serveis de subministrament de menjars per a escoles i CPV 55523100-3, serveis de menjar per a escoles.

⁷ [L'Acord 17/2019, de 8 de febrer de 2019, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó](#), al·ludeix al fet que la introducció d'aquesta disposició ha emparat la praxis legislativa d'un nombre considerable de comunitats autònomes, entre elles Aragó, que havien optat per la possibilitat de prestar els “serveis a les persones” al marge de la normativa contractual, preveient així, a més de la seva gestió directa o indirecta, els instruments del “concert social” o dels “acords d'acció concertada”, que expressament s'han considerat fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa de contractació aplicable en cada moment, sempre dins del respecte dels principis de transparència, no discriminació i publicitat a què fa referència la Directiva 2014/24/UE.



necessitats de caràcter social”, tal com s'estableix en aquesta disposició addicional quaranta-novena de la LCSP.

Així, un cop constatada la impossibilitat d'encarregar, mitjançant un conveni exclòs de la normativa de contractació pública, el servei de menjador escolar a una entitat privada, com és una AFA, en tractar-se d'un objecte propi d'un contracte sotmès a la LCSP; així com també la necessitat que s'hagi adoptat l'instrument no contractual corresponent per a la prestació dels serveis a les persones i, en concret, el servei de menjador escolar, per tal de poder contractar aquests serveis al marge d'un contracte sotmès a la LCSP; per tal de donar resposta a les qüestions objecte de consulta procedeix analitzar ara les diferents opcions per prestar aquests serveis a les persones a Catalunya –deixant de banda la prestació directa per la mateixa Administració⁸– i el seu règim jurídic.

II. Règim jurídic per a la prestació dels serveis a les persones a Catalunya

a) Prestació contractual

La LCSP no estableix un règim específic de contractació per als serveis a les persones, si bé va incorporar al nostre ordenament jurídic una nova “categoria” de contractes de serveis, els que comporten prestacions directes a la ciutadania, i entre els quals s'inclouen les prestacions que es recullen a l'annex IV, que són les mateixes que s'enumeren a l'annex XIV de la Directiva 2014/24/UE –entre els quals es troba, com s'ha dit en la consideració jurídica anterior, el servei de menjador escolar.

Malgrat no contenir la LCSP la regulació concreta de la contractació d'aquests serveis a les persones, cal destacar que el Govern de la Generalitat de Catalunya, dins del seu àmbit competencial, va aprovar, en la sessió de 29 d'agost de 2017, l'[Avantprojecte de Llei de contractes de serveis a les persones](#)⁹, que establia un règim específic de contractació d'aquests serveis basat, com preveu la Directiva, en criteris de qualitat, continuïtat, accessibilitat, exhaustivitat i disponibilitat –fixant uns requisits de solvència econòmica, financera i tècnica que assegurin l'expertesa i l'especialitat dels proveïdors dels serveis i la responsabilitat social de les empreses i entitats que els presten, en relació amb l'objecte del contracte, donant preeminència els criteris de valoració relatius a la qualitat, així com prohibint de forma expressa l'ús del procediment de subhasta o bé un

⁸ En aquest sentit, cal recordar, tal com es fa en el considerant 5 de la Directiva 24/2014/UE, que “ninguna disposició de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva” –en el mateix sentit s'assenyala en el considerant 5 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, i en el considerant 7 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrer de 2014, relativa a la contractació per entitats que operen als sectors de l'aigua, l'energia, els transports i els serveis postals.

⁹ Aquest Avantprojecte, que va entrar al [Parlament](#) per fer-ne la tramitació en data 31 d'agost de 2017, va decaure primer per finiment de la legislatura i, posteriorment, va tornar a ser presentat al Parlament i admès a tràmit en data 24 de juliol del 2018, i es va rebutjar íntegrament el text articulat en data 3 de febrer de 2020.



procediment en què l'únic criteri de la valoració fos el preu–, el qual es preveia d'aplicació a la prestació del servei de menjador escolar.¹⁰

La contractació dels serveis que comporten prestacions directes a les persones o a la ciutadania, caracteritzades perquè la relació s'estableix directament entre l'empresa contractista i les persones usuàries dels serveis, se subjecta a les disposicions de la LCSP. Per tant, la contractació d'aquestes prestacions s'ha de fer amb les figures previstes a la LCSP, específicament, mitjançant el contracte de concessió de serveis o el contracte de serveis –en funció de com es configuri el contracte en relació amb la transferència o no al concessionari del risc operacional¹¹ i essent irrellevant a aquests efectes si el servei objecte de contracte és o no un servei públic–, havent desaparegut les altres formes tradicionals de contractació d'aquests serveis, com el contracte de gestió de serveis públics o la concertació.¹²

En tot cas, en la contractació d'aquests serveis s'han d'observar les especialitats establertes per a aquests contractes en la LCSP –a l'article 312 si es duu a terme mitjançant un contracte de serveis i a l'article 284.2 si es fa mitjançant una concessió de

¹⁰ En aquesta mateixa línia de regular la prestació del servei de menjador escolar en l'àmbit de la contractació pública amb determinades especialitats, en la Llei foral 2/2018, de 13 d'abril, de contractes públics de Navarra, s'estableixen regles especials per als contractes en els àmbits sanitaris, socials, culturals i educatius (article 37); la Comunitat Autònoma de Madrid ha regulat el servei de menjador escolar en els centres docents públics no universitaris mitjançant el Decret 77/2021, de 23 de juny, del Consell de Govern, en la part expositiva del qual s'assenyala expressament que el Decret “tambien responde a la necesidad de adecuar el procedimiento de adjudicación del servicio de comedor escolar a la vigente normativa en materia de contratación del sector público”, i en la part dispositiva que la prestació d'aquest servei es sotmet a la normativa vigent en matèria de contractació, preveient-se excepcionalment que el servei es pugui prestar mitjançant un conveni entre el conseller competent en matèria d'Educació i un Ajuntament, en els centres que comptin amb un reduït nombre de comensals i amb la finalitat d'incrementar la viabilitat i la prestació del servei de menjador escolar (article 10); i en l'àmbit de la Comunitat Valenciana, la Sindicatura de Comptes “reitera que la contractació dels serveis de menjador i de monitors dels centres docents públics no l'efectua la Conselleria d'Educació, com a òrgan competent, sinó els mateixos centres docents, sense atendre's al que es disposa en la normativa de contractació” –Informe de fiscalització del compte general de la Generalitat, exercici 2020, apartat 4.2, relatiu a les conclusions sobre el compliment de la normativa, lletra f).

¹¹ La diferència entre el contracte de serveis i concessió es va analitzar per aquesta Junta Consultiva, entre altres, ja a [l'Informe 11/2010, de 26 de novembre](#), que també ha analitzat específicament el concepte de risc operacional en [l'Informe 9/2016, d'1 de desembre](#). Així mateix, els òrgans que resolen recursos especials en matèria de contractació s'han pronunciat sobre aquella diferència entre contractes de serveis i contractes de concessió de serveis, per exemple, en la [Resolució 1159/2017, d'1 de desembre](#), del Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals, en la [Resolució 203/2019, de 25 de juny](#), del Tribunal Administratiu de Recursos Contractuals de la Junta d'Andalusia i en la [Resolució 125/2020, de 25 de març](#), del Tribunal Català de Contractes del Sector Públic.

¹² Aquesta darrera fórmula del concert mantenia la seva vigència en l'àmbit local en els articles 270 a 274 del Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS), aprovat mitjançant el Decret 179/1995, de 13 de juny, els quals cal entendre tàcitament derogats amb l'aprovació de la LCSP.

serveis¹³. Pel que fa al procediment per a la seva adjudicació, s'han de seguir les regles contingudes a l'article 131.2 de la LCSP, si bé cal recordar que, en cas de tractar-se d'una concessió d'un dels serveis enumerats a l'annex IV d'aquesta LCSP –com és el cas del servei de menjador–, el procediment que s'haurà d'emprar necessàriament per adjudicar el contracte serà el restringit.¹⁴

b) Prestació concertada no contractual

D'acord amb la normativa comunitària i estatal esmentada –el considerant 114 i l'article 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, així com l'article 11.6 de la LCSP i la disposició addicional quaranta-novena de la LCSP– els serveis socials es poden prestar de forma no contractual, mitjançant una acció concertada amb entitats privades.¹⁵

En l'àmbit de Catalunya, d'acord amb les competències atribuïdes, especialment amb la competència exclusiva en matèria de serveis socials que li atribueix l'article 166 de

¹³ L'exposició de motius de la LCSP assimila els contractes de serveis a les persones amb els antics contractes de gestió de serveis públics en els casos en què no es traslladava el risc operacional a l'empresa contractista. Aquest canvi de qualificació no suposa una variació en l'estructura de les relacions jurídiques que resulten d'aquests contractes, ja que amb el contracte de serveis a les persones l'empresa gestiona un servei titularitat d'una administració pública i s'estableixen les relacions directament entre ella i les persones usuàries del servei. Continua l'exposició de motius indicant que “s'ha introduït un article, el 312, que recull les normes específiques de l'antic contracte de gestió de serveis públics relatives al règim substantiu del servei públic que es contracta i que en la nova regulació són comuns tant al contracte de concessió de serveis quan aquests són serveis públics, fet que serà el cas més general, com al contracte de serveis, quan es refereixi a un servei públic que presta directament l'empresari a l'usuari del servei”. Tant l'article 284.2 com l'article 312 de la LCSP estableixen com a requeriments abans de contractar una concessió de serveis d'un servei públic i un contracte de serveis que comportin prestacions a la ciutadania, respectivament, entre altres previsions, que se n'ha d'haver establert el règim jurídic que declari expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida per l'Administració respectiva com a pròpia d'aquella, que determini l'abast de les prestacions a favor dels administrats, i que reguli els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.

¹⁴A més, en compliment del recent [Acord del Govern de 31 de maig de 2022](#), de mesures en relació amb els contractes públics de subministrament de productes alimentaris, de concessió de serveis que incorporin prestació de serveis alimentaris, i de serveis de menjadors col·lectius, en aquests contractes s'haurà d'incorporar sempre clàusules que continguin criteris d'adjudicació i condicions especials d'execució, entre d'altres, que garanteixin una alimentació saludable i de qualitat; fomentin l'adquisició de productes de temporada i frescos; promoguin l'adquisició de productes de producció agrària ecològica; així com el preu no podrà ser el factor determinant de l'adjudicació i la seva valoració no podrà suposar mai un percentatge superior al 20% del valor total de l'oferta, havent d'incorporar clàusules que prevegin el preu fix en els casos en què el contracte ho faci possible.

¹⁵ Ja en l'[Informe 14/2013, de 28 de novembre](#), aquesta Junta Consultiva de Contractació va assenyalar que “les [aleshores] propostes de directiva del Parlament Europeu i del Consell relatives a l'adjudicació de contractes de concessió i a la contractació pública estableixen uns règims jurídics específics per a la concessió i la contractació ‘dels serveis socials i altres serveis específics’, els quals poden permetre, en funció de com es dugui a terme la seva transposició al nostre dret intern, la flexibilització de la contractació dels serveis socials”.



l'Estatut d'autonomia, es va regular parcialment el règim jurídic no contractual dels serveis socials en el Decret Llei 3/2016, del 31 de maig, de mesures urgents en matèria de contractació pública, les disposicions addicionals tercera i quarta del qual regulen el règim de concertació social, si bé no per a tots els serveis socials i serveis a les persones als quals es refereixen tant la Directiva 24/2014/UE com l'article 11.6 i la disposició addicional quaranta-novena de la LCSP, sinó únicament per als regulats a la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, i als serveis ocupacionals.

En aquest ordre de consideracions, convé precisar que la interpretació del concepte de "serveis socials" inclòs a l'article 11.6 de la LCSP ha estat objecte d'anàlisi per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat, la qual ha afirmat que "el legislador alude a los servicios sociales bajo una perspectiva amplia, incluyendo aquellos servicios que tienen por finalidad ofrecer prestaciones que mejoran la situación de personas o grupos de personas que necesitan atenciones particulares ofrecidas por las entidades públicas competentes".¹⁶

Ara bé, com s'ha dit en la consideració jurídica anterior i tal com també assenyala la Junta Consultiva de Contractació Pública a l'Informe esmentat, el fet que un servei es pugui qualificar com a social no comporta automàticament que es pugui prestar de forma no contractual sense complir cap altre requisit. Per tant, i si bé atenent un concepte ampli dels serveis socials, cal entendre-hi inclòs el servei de menjador escolar, per tal que es pugui prestar de forma no contractual, necessitaria una regulació específica en la qual es determinés com s'escollirien les entitats privades que els prestarien d'entre totes les que compleixin els requisits determinats pel poder adjudicador i que en la selecció s'haguessin seguit els principis d'igualtat, no discriminació i transparència.

Com també s'ha dit, a Catalunya, el legislador ha fet ús de la possibilitat de regular la prestació d'un servei social fora de la normativa contractual, mitjançant el Decret Llei 3/2016, només per als serveis socials regulats a la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, i als serveis ocupacionals. En aquest sentit, no es pot considerar la disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació –relativa al "foment de la participació de les famílies en la gestió dels centres educatius públics per mitjà de la gestió dels menjadors escolars"– com una regulació que pugui emparar la no aplicació de la normativa de contractació pública de conformitat amb l'article 11.6 de la LCSP, en la mesura que no estableix el sistema que determini com s'escollirien les entitats privades que els prestarien d'entre totes les que compleixin els requisits determinats pel poder adjudicador, i que en la selecció es garantís una publicitat suficient i fos ajustada als principis de transparència i no-discriminació¹⁷.

¹⁶ A l'[Informe 52/2018](#), en el qual s'examina i es confirma que el servei d'atenció diürna a les persones de la tercera edat es pot incloure dins d'aquesta categoria de serveis socials, afirmant també aquella Junta Consultiva que "no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato público para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como, por ejemplo, las enumeradas sin ánimo de ser exhaustivo en el artículo 11.6 de la Ley, siempre que se cumplan los requisitos que este precepto prevé" i que, en cas d'optar per la contractació pública com a forma de gestió indirecta del servei, es pot escollir entre les opcions, a les que ja s'ha al·ludit, del contracte de servei amb prestacions directes a favor de la ciutadania o de concessió de serveis, depenent de la fórmula de transmissió de riscos al contractista que s'hagi adoptat.

¹⁷ Així mateix, l'[Acord del Govern 128/2021, de 31 d'agost](#), de delegació de competències als consells comarcals i a l'Àrea Metropolitana de Barcelona en matèria d'educació, tampoc sembla



Així, cal tenir en compte que la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, malgrat regular específicament la matèria i configurar a l'article 2 un sistema públic de serveis socials, no dona una definició de què cal entendre per servei social ni els enumera, sinó que articula aquests serveis a partir d'una cartera, integrada pels serveis socials de titularitat pública i els de titularitat privada acreditats i concertats per l'Administració, els quals configuren conjuntament la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública.¹⁸

En aquest sentit, es va aprovar el Decret 69/2020, que respon a la necessitat de regular el règim jurídic de l'acreditació d'entitats de serveis socials privades exigible per ser proveïdores de la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública i també d'establir el règim jurídic del concert social i la gestió delegada com a sistema de provisió dels serveis socials de la Xarxa esmentada –garantint que les entitats de serveis socials reuneixin els estàndards de qualitat exigibles de manera que, amb finançament, accés i control públics, i d'acord amb els principis de transparència, publicitat, concurrència, igualtat i no-discriminació, es pugui donar una resposta eficaç, àgil i adequada i de qualitat a les necessitats d'atenció personalitzada i integral de les persones i, alhora, dotar de seguretat jurídica i d'estabilitat el sector i del reconeixement laboral i social necessari de les persones professionals.

D'altra banda, pel que fa a les prestacions socials concretes que es poden prestar mitjançant aquest règim no contractual, l'article 24 de la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, disposa que el conjunt de prestacions de la Xarxa de Serveis Socials d'Atenció Pública es determina mitjançant la "Cartera de serveis socials", la qual ha d'incloure totes les prestacions de serveis, econòmiques i tecnològiques del sistema públic de serveis socials. Actualment, la cartera de serveis socials vigent és l'establerta pel Decret 142/2010, d'11 d'octubre, pel qual s'aprova la Cartera de serveis socials 2010-2011, en la qual no s'inclou el servei de menjador escolar.

Per tant, en no poder-se prestar a Catalunya el servei de menjador escolar mitjançant una acció concertada no contractual basada en el règim de concertació social previst per als serveis socials regulats a la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, i no havent-se establert altra regulació específica de fórmula no contractual que permeti la no aplicació de la normativa de contractació pública de conformitat amb el que es preveu a l'article 11.6 de la LCSP, cal entendre plenament subjecta a aquesta normativa la gestió indirecta dels serveis de menjador escolar.

adequat per efectuar el desenvolupament necessari que exigeix l'article 11.6 de la LCSP, en la mesura que no estableix el sistema que determina com s'escollirien les entitats privades que prestarien el servei d'entre totes les que compleixin els requisits determinats pel poder adjudicador, garantint el respecte als principis de publicitat, transparència i no-discriminació esmentats, sense restricció i sense limitar-ho a les AFA.

¹⁸ Per la seva banda, el Decret 284/1996, de 23 de juliol, de regulació del Sistema Català de Serveis Socials, sí que defineix el concepte de servei social, establint en l'article 3 que, s'entén per servei social "tota activitat organitzada que, mitjançant la intervenció de personal preparat i amb el suport d'equipaments i recursos adequats, s'orienta a prevenir l'exclusió social i a promoure la prestació de suport personal, d'informació, d'atenció i d'ajut als ciutadans, especialment a les persones, les famílies o els col·lectius que, per raó de dificultats de desenvolupament i d'integració en la societat, manca d'autonomia personal, disminucions físiques, psíquiques o sensorials, problemes familiars o marginació social, són creditors de l'esforç col·lectiu i solidari".



III. Normativa reguladora del servei de menjador escolar i paper de les AFA en la prestació del servei

Un cop determinat l'encaix de la prestació social de servei de menjador escolar en el marc dels serveis a les persones i de la normativa contractual, i haver constatat que no s'ha regulat a Catalunya la possibilitat de ser prestada de forma no contractual sobre la base de l'article 11.6 de la LCSP, per acabar de donar resposta a les qüestions plantejades a l'escrit de petició d'informe, és convenient fer referència a la normativa reguladora d'aquest servei i determinar la possible participació de les associacions de familiars d'alumnes.

La disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació –afegida per l'article 172.2 de la Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient–, que porta per títol “foment de la participació de les famílies en la gestió dels centres educatius públics per mitjà de la gestió dels menjadors escolars”, disposa literalment que “amb la finalitat de promoure la participació de les famílies d'alumnes en la gestió dels centres educatius públics, les associacions de famílies poden gestionar els menjadors escolars respectius per mitjà de la subscripció de convenis de gestió amb la corresponent administració titular de la competència o la que l'exerceixi per delegació”.

Aquesta Llei 12/2009 emmarca el servei de menjador escolar, juntament amb el de transport, dins del sistema d'ajuts per garantir el dret a l'educació (article 6), però no el regula. La regulació d'aquest servei a Catalunya es conté en el Decret 160/1996, de 14 de maig, pel qual es regula el servei escolar de menjador als centres docents públics de titularitat del Departament d'Ensenyament, que en el seu article 1 configura aquest servei com una prestació complementària d'ajuda a l'escolarització i en l'article 10 estableix les modalitats de la gestió d'aquest servei, les quals, atès el rang inferior a llei de la norma i la seva data d'aprovació, s'han d'interpretar de conformitat amb la normativa de contractació pública, així com amb la normativa de transparència, havent-se d'entendre tàcitament derogades les disposicions que no s'ajustin a aquesta normativa o la contradiguin.¹⁹

¹⁹ En aquest sentit, el Departament d'Educació, per tal d'actualitzar el Decret 160/1996 i d'adequar-lo a les previsions tant de la Llei 12/2009 com de la LCSP, va dur a terme, del 20 de desembre de 2016 fins al 13 de febrer de 2017, el tràmit de participació ciutadana i consulta pública prèvia previst a l'article 133 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques, per a la realització d'un projecte de decret nou. No obstant això, aquesta iniciativa legislativa no va prosperar i va decaure. Posteriorment i amb la mateixa voluntat, l'any 2019 el Departament d'Educació va impulsar un debat de país entre tots els agents implicats per tal d'establir conjuntament com volem que sigui l'espai de migdia dels centres educatius, sota el títol “Construïm junts l'espai de migdia”. En aquest debat el 91,5% dels participants a les sessions del procés formaven part d'alguna associació o entitat i la majoria, participaven en associacions de famílies d'alumnes (51,8%), i entre d'altres temes es va tractar com s'havia de gestionar aquest servei i la contractació, així com la seva regulació, i es constata la necessitat de canviar el marc legal actual, i en general es rebutja o es plantegen dubtes pel que fa a, entre d'altres aspectes, el sistema de licitacions, l'aplicació de la Llei de contractes del sector públic i l'aplicació del projecte de Llei de contractes de serveis a les persones a l'espai de menjador i, en aquest sentit, es fan diverses propostes, com que s'estableixi marc legal que permeti la gestió de l'espai de menjador per part de les associacions de familiars d'alumnes/centre



Pel que fa a les associacions de familiars d'alumnes, cal recordar que són persones jurídiques subjectes al dret privat a les quals se les aplica el llibre III del Codi civil de Catalunya, les disposicions dels seus estatuts i, des del punt de vista reglamentari, la seva regulació es troba en el Decret 202/1987, de 19 maig, d'associacions de pares d'alumnes; sense oblidar tampoc les especificitats derivades de la seva consideració d'integrants de la comunitat educativa i de la comunitat educativa del centre o comunitat escolar i que, en preveure l'article 26 de la Llei 12/2009 la possibilitat que les mares i els pares dels alumnes matriculats en un centre puguin constituir associacions, estableix que es regeixen per les lleis reguladores del dret a l'educació, per les normes reguladores del dret d'associació, per les disposicions establertes per aquesta Llei i les normes de desplegament i pels estatuts de l'associació, i que aquestes associacions tenen per finalitat essencial facilitar la participació de les mares i els pares en les activitats del centre, a més de les establertes per la normativa vigent i les que determinin els estatuts de les dites associacions.

En tot cas, i al marge de les previsions de participació de les famílies d'alumnes en les activitats del centre i, específicament, en la gestió dels menjadors escolars de conformitat amb la redacció vigent de la Llei d'educació, l'abast concret del paper de les associacions de familiars d'alumnes en la gestió dels menjadors escolars, així com de la previsió relativa a la possibilitat que aquestes associacions participin en dita gestió "per mitjà de la subscripció de convenis de gestió amb la corresponent administració titular de la competència o la que l'exerceixi per delegació", s'ha de delimitar amb ple respecte de la normativa de contractació pública.

En aquest sentit, i reiterant la reflexió ja efectuada en la consideració jurídica primera d'aquest informe respecte de la impossibilitat d'entendre el servei de menjador escolar inclòs en el supòsit recollit a l'article 11.6 de la LCSP, atès que no es disposa a Catalunya de la normativa que permeti escollir les entitats privades que mitjançant conveni prestaran el servei, amb una publicitat suficient i ajustada als principis de transparència i no discriminació, cal donar resposta a la qüestió plantejada afirmant que no es pot excloure la prestació d'aquest servei de la normativa contractual. És per això que la interpretació d'aquella disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009 i, per tant, la participació en la gestió per part de les AFA en la "gestió" del servei de menjador escolar, només es pot entendre en el sentit que aquestes associacions han de ser escoltades, en llur àmbit respectiu, en les contractacions d'aquest servei, de manera que els òrgans de contractació han de garantir la participació de les AFA o, subsidiàriament, de la persona o les persones que representen els pares i mares en el consell escolar del centre, des del moment que es defineixi l'objecte del contracte, a l'hora d'establir els plecs de condicions, fins al moment de fer la valoració de les propostes i també durant l'execució de la prestació del servei de menjador escolar.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

educatiu o la coexistència de diferents models de gestió; i que el model de contractació tingui en compte determinats aspectes com les empreses locals o de proximitat, petites empreses, alimentació de qualitat –l'informe que es va elaborar a partir de la informació recollida durant la fase 1 del procés participatiu de "Construïm junts l'espai de migdia", basat en 11 sessions presencials i el canal en línia, que es va portar a terme els mesos d'abril a juny, així com tota la informació sobre el debat participatiu es pot consultar al web <https://participa.gencat.cat/processes/menjadors-escolars>



CONCLUSIONS

I. El servei de menjador escolar a Catalunya no pot ser objecte d'atribució, mitjançant un conveni exclòs de la normativa de contractació pública de conformitat amb l'article 6 de la LCSP, a entitats privades, com són les AFA, ja que es tracta d'un objecte propi d'un contracte sotmès a aquesta normativa. Així mateix, tampoc pot ser objecte de prestació per part de dites entitats privades mitjançant una acció concertada exclosa de l'àmbit d'aplicació de la normativa vigent de contractació sobre la base del que estableix l'article 11.6 de la LCSP, en no haver-se a Catalunya regulat el sistema que garanteixi una publicitat suficient i s'ajusti als principis de transparència i no-discriminació per a la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions que el poder adjudicador hagi fixat prèviament, sense límits ni quotes, de conformitat amb la disposició addicional quaranta-novena de la LCSP.

II. Mentre no resulti d'aplicació al servei de menjador escolar l'exclusió establerta a l'article 11.6 de la LCSP en els termes assenyalats en aquest informe, aquest servei s'ha de prestar amb subjecció plena a la normativa vigent de contractació pública, i es pot prestar tant mitjançant un contracte de serveis, com mitjançant un contracte de concessió de serveis, en funció de si es trasllada a l'empresa contractista el risc operacional i, en ambdós casos, tenint en compte les peculiaritats previstes per als contractes que comporten prestacions directes a la ciutadania. En cas de prestar-se mitjançant un contracte de concessió de serveis, per transferir-se el risc operacional a l'empresa contractista, s'haurà d'adjudicar mitjançant el procediment restringit, en tenir per objecte una prestació inclosa a l'annex IV de la LCSP, de conformitat amb l'article 131 de la LCSP.

III. La participació de les AFA en la gestió del servei de menjador escolar, d'acord amb el que estableix la disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació, s'ha de delimitar i interpretar de conformitat amb la normativa de contractació pública vigent, i s'ha d'entendre referida actualment, i mentre no resulti d'aplicació al servei de menjador escolar l'exclusió establerta a l'article 11.6 de la LCSP, en els termes assenyalats en aquest informe, a ser escoltades i tingudes en compte en els procediments de contractació d'aquest servei, en els àmbit respectius i tant en la fase de disseny i licitació del servei, com en la fase d'execució i avaluació.

Barcelona, 27 de juny de 2022