

Recurso 153/2018**Resolución 146/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 16 de mayo de 2018

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LOS AMARILLOS, S.L.**, contra la resolución, de 2 de abril de 2018, de la Consejería de Fomento y Vivienda, por la que se adjudica el contrato denominado “Contrato de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre Chipiona, Sevilla, Ronda y Málaga (VJA-089)” (Expte. 2017/000155), convocado por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de fomento y Vivienda este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 27 de octubre de 2017, se dicta por el Director General de Movilidad resolución del contrato de concesión del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Chipiona, Sevilla, Ronda y Málaga (VJA-089), suscrito con la empresa LOS



AMARILLOS, S.L., de conformidad con la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (en adelante, LOTT).

Con fecha 29 de septiembre de 2017, se ordena por el Consejero de Fomento y Vivienda la iniciación del expediente de contratación citado en el encabezamiento, por el procedimiento de adjudicación directa, al concurrir la circunstancia prevista en los artículos 5.5 del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (en adelante, el Reglamento) y 85 de la LOTT, como medida de emergencia ante el riesgo inminente de interrupción del servicio.

SEGUNDO. Según establece la cláusula 1 del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), al presente procedimiento de contratación le es de aplicación, en lo no previsto en el Pliego de condiciones, el Reglamento (CE) n.º 1370/2007, la LOTT, el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT), y en lo no contemplado por estos, la normativa reguladora de la contratación del Sector Público contenida, en el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

En cuanto al procedimiento de recurso habrá de estarse a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público (en adelante LCSP), en virtud de lo dispuesto en su disposición transitoria primera.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el 2 de abril de 2018 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del



presente contrato a la entidad UTE DAMAS, S.A e INTERURBANA DE AUTOBUSES S.A. (INTERBUS), entendiendo que su propuesta es la más ventajosa para la Administración.

La citada resolución fue publicada en el perfil de contratante, el 3 de abril de 2018, comunicando dicha circunstancia a la anterior concesionaria –LOS AMARILLOS, S.L.-, mediante oficio de fecha 3 de abril de 2018, con la finalidad de efectuar el traspaso ordenado de la concesión entre los AMARILLOS, S.L, y el nuevo adjudicatario.

CUARTO. El 25 de abril de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por los AMARILLOS, S.L, contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de 26 de abril de 2018, se da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita el expediente de contratación, informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, recibándose con fecha 30 de abril de 2018 la documentación solicitada.

Posteriormente, en fecha 4 de mayo de 2018, se recibe oficio del órgano de contratación en el que se indica que se adjunta de nuevo el expediente de contratación, debidamente numerado y acompañado de índice ordenado cronológicamente, sustituyendo al expediente enviado con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. La primera y esencial cuestión a determinar es la relativa a la propia procedencia del recurso especial interpuesto, al objeto de establecer la competencia objetiva de este Tribunal para enjuiciar la legalidad de la actuación



impugnada, cuestión que entronca necesariamente con la determinación de la naturaleza del contrato cuya adjudicación se impugna.

El presente contrato tiene por objeto, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.1 del PCAP, la prestación del servicio público de transporte regular de viajeros de uso general, entre “Chipiona, Sevilla, Ronda y Málaga (VJA-89)”.

Al respecto, debe recordarse que la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, (en adelante, DC), tras el vencimiento del plazo de su transposición, desplaza el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que no estaba sujeto a regulación armonizada, sustituyéndose, en este caso, por el contrato de concesión de servicios. De este modo, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de concesión ha de realizarse a la luz de la citada Directiva, de manera que estaremos ante una concesión de servicios si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público en el sentido que define el artículo 5 de la citada Directiva.

Así, los contratos de concesión de servicios están sujetos a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.

La calificación de un contrato de concesión de servicios ha de ajustarse a la definición dada en el artículo 5.1 b) de la DC, que literalmente lo define como: *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*



La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Asimismo, debemos señalar, aunque a meros efectos dialécticos, que la vigente LCSP, en su artículo 15 relativo al contrato de concesión de servicios, incorpora el criterio establecido en la DC, para delimitar el contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios, estableciendo la necesaria existencia de una transferencia de riesgo operacional.

Por lo tanto, con independencia del nomen iuris que el órgano de contratación haya dado al presente contrato, en aras a determinar la naturaleza jurídica del mismo y en consecuencia el régimen jurídico aplicable, hemos de estar a las prestaciones y condiciones de ejecución establecidos en el pliego que rige el presente procedimiento, en aras a determinar si se produce transferencia del riesgo operacional al adjudicatario con la explotación del presente servicio abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos. Al respecto, se entiende por riesgo de demanda aquel que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato; y el riesgo de suministro o de oferta el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

En este sentido, del propio clausulado del PCAP, entendemos que estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios, pues de lo dispuesto en él se desprende que el adjudicatario deberá explotar el servicio por su cuenta y



riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el responsable de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar, debiendo el adjudicatario asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados, produciéndose un desajuste entre la demanda del servicio y la oferta realizada, más aun, si tenemos en cuenta que el pliego exige como requisito mínimo a la empresa adjudicataria una inversión de 55 vehículos para la prestación del servicio, transfiriéndose al concesionario el riesgo operacional en la explotación del servicio en los términos expuestos.

Sentado lo anterior, procede determinar si dicha concesión de servicios se encuentra sujeta a la citada Directiva de concesiones y en consecuencia sujeto al control de este Tribunal, a través del recurso especial o por el contrario se encuentra excluida de su ámbito de aplicación.

Al respecto, debemos traer a colación el artículo 10.3 de la citada Directiva, que excluye de su ámbito de aplicación a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) no 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (22), o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) no 1370/2007.

En este sentido, el citado Reglamento, dispone en su artículo 5.1 que *“Los contratos de servicio público se adjudicarán de acuerdo con las normas establecidas en el presente Reglamento. Sin embargo, los contratos de servicios o los contratos de servicio público, tal que definidos en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, respecto de los servicios públicos de transporte de viajeros en autobús o tranvía, se adjudicarán con arreglo a los procedimientos establecidos en dichas Directivas cuando dichos contratos no adopten la forma de contratos de concesión de servicios en la acepción de esas Directivas. (...)”*



En consecuencia, de los preceptos citados, debemos concluir que estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios de transporte de viajeros excluido del ámbito de aplicación de la citada Directiva y sujeto a un régimen especial configurado en el Reglamento referenciado, por lo tanto aun cuando el artículo 44 de la LCSP ya recoge dentro del ámbito de aplicación del recurso especial los contratos de concesión de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 euros, el presente contrato está excluido del mismo por mor de la Directiva de concesiones y por ende, del ámbito competencial de este Tribunal.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 738/2017 de 5 de septiembre y 775/2017 de 8 de septiembre, en las que abordó la calificación jurídica de un contrato sustancialmente coincidente –contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera– manifestando que *“(...) Puesto que nos encontramos ante una concesión de servicios de transportes configurada normativamente por el régimen especial del Reglamento (CE) nº 1370/2007 con claridad patente se observa que nos hallamos fuera del ámbito de aplicación de la DC (artículos 10 y 36) y por ende, extra muros del régimen de los recursos especiales que en materia de contratación administrativa sostienen el ámbito competencial de este Tribunal ex artículo 40.1 del TRLCSP. (...)”*.

Asimismo, debemos señalar que el artículo 5.7 del citado Reglamento, prevé sus propios mecanismos de revisión para este tipo de contratos, no siendo estos equiparables al recurso especial en materia de contratación, por cuanto dicho precepto no ha sido incorporado a nuestro ordenamiento interno, razón por la cual, ha de entenderse que la remisión que la cláusula 3.5 del PCAP hace a los recursos administrativos contenidos en los artículos 114 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, resulta conforme a Derecho.



Por lo expuesto, teniendo en cuenta que estamos ante un contrato de concesión de servicios excluido del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones y en consecuencia no relacionado en el artículo 44 de la LCSP, sujeto a un régimen especial configurado en el Reglamento (CE) 1370/2007, es por lo que procede concluir que este Tribunal carece de competencia para conocer de la legalidad del acto impugnado.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal para su resolución de conformidad con los artículos 55 de la LCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del presente recurso de conformidad con el artículo 23 del citado texto normativo, lo cual hace innecesario el análisis de los restantes requisitos de admisibilidad y cualquier pronunciamiento sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de licitación solicitada, así como respecto al fondo del asunto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **LOS AMARILLOS, S.L.** contra la resolución, de 2 de abril de 2018, de la Consejería de Fomento y Vivienda, por la que se adjudica el contrato denominado “Contrato de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión, de transporte regular de viajeros por carretera de uso general entre Chipiona, Sevilla, Ronda y Málaga”(VJA-089).(Expte. 2017/000155),



convocado por la Dirección General de Movilidad de la Consejería de fomento y Vivienda al no tener este Tribunal atribuida la competencia para su resolución.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso presentado al órgano de contratación a los efectos oportunos.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

