

Recursos 336 y 337/2018**Resolución 297/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 23 de octubre de 2018.

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SENDA ANIMACIÓN GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L.** contra las resoluciones del Alcalde Presidente 1114 y 1115/2018, de 22 de agosto, en relación a la licitación del contrato denominado “*Gestión de Servicio Público, mediante modalidad de concesión, del Servicio de la Escuela Infantil Municipal de Tomares, sita en la Urbanización Las Almenas 3ª Fase, C/ Velázquez esquina C/ Españolito de Tomares (Sevilla)*” (Expte. PBA/7/2018), convocado por el Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 7 de marzo de 2018, se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Tomares, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, en igual fecha, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de



Sevilla número 54.

El valor estimado del contrato asciende a 1.113.447,68 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación dicta las resoluciones 1114 y 1115/2018, ambas de 22 de agosto, en las que, por un lado se acuerda considerar que la entidad SENDA ANIMACIÓN GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L. (en adelante, SENDA) ha retirado injustificadamente su oferta y se proceda a la incautación de la garantía provisional y, por otro, adjudicar el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

Dichos actos fueron notificados a la entidad ahora recurrente el 28 de agosto de 2018, siendo publicada la adjudicación en el perfil de contratante del Ayuntamiento el 4 de septiembre de 2018.

CUARTO. El 18 de septiembre de 2018, la entidad SENDA presentó en la oficina de Correos de Jerez sendos escritos de recurso especial en materia de contratación contra la resoluciones antes citadas. Ambos escritos tuvieron



entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 21 de septiembre de 2018.

QUINTO. El 24 de septiembre de 2018, se da traslado al órgano de contratación de los escritos de interposición de recurso y se le solicita que remita el informe a los mismos, el expediente de contratación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado comprensivo de las entidades licitadoras participantes en el procedimiento con los datos necesarios a efecto de notificaciones. La documentación solicitada fue remitida a este Órgano el 27 de septiembre de 2018.

SEXTO. El 2 de octubre de 2018, la Secretaría del Tribunal concedió plazo de alegaciones a la entidad recurrente con relación a una posible causa de inadmisión de los recursos presentados por resultar inicialmente extemporáneos. Con fecha 9 de octubre de 2018, las mismas fueron recibidas en el Registro de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el presente supuesto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio que, a tales efectos, fue formalizado el 17 de diciembre de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de



Tomares, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición de los recursos dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si los recursos se refieren a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interponen contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

Al respecto, el órgano de contratación en su informe pone de manifiesto que en la cláusula 3ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se especifica que el código CPV es 80110000-8 Servicios de enseñanza preescolar, y que el contrato definido tiene la calificación de contrato administrativo de gestión de servicio público regulado en los artículos 8, 132, 133 y 275 a 289 del TRLCSP. Por ello, entiende que el recurso interpuesto debe ser inadmitido ya que no se contempla un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, superior a 500.000 euros y el plazo de duración no es superior a cinco años.

Pues bien, el presente contrato tiene por objeto, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3 del PCAP, la gestión indirecta, en régimen de concesión administrativa de servicio público, de la Escuela Infantil Municipal de Tomares.

En primer término, 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 esta y, además, no estén excluidos expresamente 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 establecidas en el pliego que rige la contratación, 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 propio pliego establece que:



“(...) tendrá el derecho a explotar económicamente el servicio y la retribución total o parcial del contrato se producirá por el ejercicio de este derecho, lo que implica que se transfiere al concesionario un riesgo operacional de carácter económico supeditado a que su remuneración se realiza en función del uso o frecuencia del servicio, suponiendo para éste la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para la explotación del servicio adjudicado en condiciones normales de funcionamiento a la vista de que por este Ayuntamiento no se contempla ningún mecanismo que establezca una garantía en beneficio del concesionario en virtud del cual se compensen las inversiones y costes empleados para la ejecución del contrato que conlleve la eliminación de este riesgo.”

Asimismo, la cláusula 28 del PCAP establece que: *“Todos estos bienes serán usados exclusivamente para prestar los servicios a que se encuentran afectos, salvo que el Ayuntamiento de Tomares acuerde otra cosa, debiendo permanecer en todo momento en las dependencias de la Escuela.*

El concesionario está obligado a conservar en perfectas condiciones los locales, instalaciones, muebles, enseres y aparatos propiedad del Ayuntamiento que se pone a su disposición, siendo de cuenta del concesionario las reparaciones y reposiciones que se efectúen, así como el abono de los desperfectos que se observen al término del contrato y excedan del deterioro normal derivado del uso cuidadoso.

El concesionario dará conocimiento de las reparaciones a efectuar en ellos, que será a su cargo, presentando las facturas correspondientes a la Delegación competente de este Ayuntamiento, una vez satisfechas.

Los aparatos e instalaciones de la Escuela deberán ser objeto de revisión y mantenimiento preventivo y correctivo por el concesionario, operaciones, todas ellas, a su cargo, presentando las facturas de dichas revisiones, una vez satisfechas, para su control a la Delegación competente de este Ayuntamiento.

El Ayuntamiento de Tomares se reserva la facultad de inspeccionar el estado de conservación de los citados aparatos o instalaciones, para comprobar la efectividad de las operaciones de mantenimiento. Si estas no se realizaran o lo fueran deficientemente, podrá ordenar su ejecución o corrección a cargo del concesionario.”



De lo expuesto, debemos concluir que estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios, 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 estaría excluido del mismo por cuanto su cuantía es de 1.113.447,68 euros y, en consecuencia, procede la inadmisión del recurso.

CUARTO. Por último, a mayor abundamiento, aun cuando no concurriera la anterior causa de inadmisión del recurso, hay que señalar que el escrito de recurso especial no se presentó en el Registro del órgano de contratación o en el de este Tribunal y en ese caso, aunque hubiera sido presentado en plazo, no se cumplió la condición necesaria para ser admitido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.3 de la LCSP, referido al lugar de presentación del recurso, el cual dispone que: *“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.*

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

Pues bien, de lo dispuesto en el citado artículo 51.3 de la LCSP se deduce que la Ley configura tres posibilidades a la hora de presentar el escrito de interposición del recurso: bien presentarlo en el registro del órgano de contratación, en el de este Tribunal, o bien en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, estableciendo además en el supuesto de que se utilice esta última opción una obligación: que la entidad recurrente debe comunicarlo al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.



Asimismo, la previsión recogida en el artículo 18 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, no puede, como afirma la recurrente en sus alegaciones, entenderse derogada de manera tácita, pues en nada se opone a lo establecido en la nueva Ley sino que, por contra, viene a concretar como debe producirse esa comunicación “*de manera inmediata y de la forma más rápida posible*”. Por tanto, aun cuando se pudiese considerar como válida la comunicación a que hace referencia la recurrente en sus alegaciones el día 19 de septiembre de 2018 –comunicación realizada vía telefónica-, la misma no se habría producido con los requisitos que marca la normativa ni, por otra parte, dentro del plazo legal para la presentación del recurso como ahora veremos. Sin que, por otra parte, quepa interpretar que esa obligación de comunicación compete a la entidad o registro en el que se presenta el recurso -como también afirma-, a los que compete remitir el recurso lo antes posible pero no la obligación adicional de tener que comunicar su interposición.

En el presente supuesto se ha de tener en cuenta que se dan dos circunstancias concurrentes: en primer lugar, que la entidad recurrente presentó los escritos de recurso en un registro distinto al de este Tribunal o al del órgano de contratación el 18 de septiembre de 2018, de tal suerte que la recepción de los mismos en el Registro de este Tribunal -el 21 de septiembre de 2018- tuvo lugar fuera del plazo establecido; en segundo lugar, que la recurrente omitió su obligación de comunicar por cauce adecuado a este Tribunal la presentación de los recursos en la oficina de Correos, requisito establecido en el artículo 51.3 de la LCSP, que exige además que la comunicación sea inmediata y de la forma más rápida posible.

Por ello, dándose ambas circunstancias solo se puede concluir que los recursos se han presentado fuera del plazo establecido para ello.



En este sentido, se ha de tener en cuenta que el artículo 55 de la LCSP, establece como causa de inadmisión: *“d) La interposición del recurso, una vez finalizado el plazo establecido para su interposición”*.

En base a lo expuesto, la concurrencia de las dos causas de inadmisión expuestas impide entrar en el análisis del motivo de fondo del recurso y cualquier pronunciamiento sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

QUINTO. Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 44.6 de la LCSP dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.”*

Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la citada Ley 39/2015, el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte de la recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

En consecuencia, ya que no cabe la interposición de recurso especial en materia de contratación contra los actos impugnados, al tratarse de una concesión de servicios que no alcanza el umbral señalado para el recurso especial, se pone en conocimiento del órgano de contratación dicha circunstancia, al objeto de que se tramite, en su caso, como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la citada Ley 39/2015.

Por tanto, procede su remisión al órgano de contratación a los efectos procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.



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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **SENDA ANIMACIÓN GESTIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE S XXI, S.L.** contra las resoluciones del Alcalde Presidente 1114 y 1115/2018, de 22 de agosto, en relación a la licitación del contrato denominado “Gestión de Servicio Público, mediante modalidad de concesión, del Servicio de la Escuela Infantil Municipal de Tomares, sita en la Urbanización Las Almenas 3ª Fase, C/ Velázquez esquina C/ Españolito de Tomares (Sevilla)” (Expte. PBA/7/2018), convocado por el Ayuntamiento de Tomares, por lo expuesto en los fundamentos de esta resolución.

SEGUNDO. Remitir los escritos de recurso presentados al órgano de contratación a los efectos oportunos.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de LA LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas 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.

