

**Recurso 6/2018****Resolución 31/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 8 de febrero de 2018.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLAZA TAPAS, S.L.** contra la resolución de adjudicación, de 11 de diciembre de 2017, del contrato denominado “Explotación del servicio de bar-cafetería de varios Centros de la Universidad de Granada” (Expte. XPS 0031/2017), respecto del lote 6, convocado por la Universidad de Granada, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 17 de mayo de 2017, se publicó en el perfil de contratante de la Universidad de Granada el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En la misma fecha se publicó el referido anuncio en el Boletín Oficial del Estado núm. 117.

**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 el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el



Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERO.** El 28 de diciembre de 2017, se presentó en el Registro de este Tribunal, anuncio previo de interposición de recurso especial en materia de contratación por la entidad PLAZA TAPAS S.L. contra la resolución de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento. El 9 de enero de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación previamente anunciado.

**CUARTO.** Por la Secretaría del Tribunal, el 10 de enero de 2017, se le da traslado al órgano de contratación del escrito de interposición del recurso y se le solicita que remita el informe al mismo y el expediente de contratación. Esta petición se reiteró con fecha 17 de enero de 2018, teniendo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación requerida, el 22 de enero de 2018.

**QUINTO.** Con fecha 29 de enero de 2018, se solicita por parte de la Secretaria del Tribunal, documentación complementaria al órgano de contratación. Esta documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, con fecha 1 de febrero de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, y 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, cuyo artículo 11.2 prevé la posibilidad de que el Tribunal resuelva, previo convenio, recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública por los órganos competentes de las Universidades Públicas de Andalucía.

En el supuesto analizado, la competencia de este Tribunal para la resolución del presente recurso deriva del convenio formalizado, el 26 de noviembre de 2012,



entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Granada.

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

**TERCERO.** La primera y esencial cuestión a resolver es la relativa a la propia procedencia de este recurso especial, lo que entronca necesariamente con la determinación de cuál sea la auténtica naturaleza del contrato cuya adjudicación se impugna.

En la cláusula I 2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares y en el apartado 1 de su cuadro resumen se califica a este contrato como contrato administrativo especial.

En el informe del órgano de contratación sobre el recurso se fundamenta la naturaleza de este contrato como administrativo especial, entre otras, en la doctrina de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, la cual considera en su Informe 10/2010 de 15 de octubre, sobre calificación jurídica de un contrato de prestación de servicios de cafetería y comedor en dependencias públicas, que *“El contrato por el cual un contratista presta el servicio de cafetería, bar o comedor en instalaciones de la Administración Pública ha de calificarse como administrativo especial”*.

Por otro lado, del escrito de la recurrente se desprende que estima esta contratación como de servicios, expresando en el punto tercero del mismo una referencia al apartado b) del artículo 40.1 del TRLCSP.

Señalaremos además aquí que, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal (por todas, Resolución 156/2016, de 1 de julio), con apoyo en una consolidada doctrina jurisprudencial, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes.



En definitiva, lo cierto es que, al margen de lo que se refleje en los pliegos o lo que se indique al notificar el acuerdo de adjudicación, será la auténtica naturaleza del contrato la que determine la procedencia de este recurso.

En primer lugar examinaremos si procede la calificación de este contrato como administrativo especial:

Debe señalarse que, en una primera etapa y de acuerdo con el artículo 19.b) del TRLCSP, este tipo de contratos venían siendo considerados como «administrativos especiales»:

*"De acuerdo con el artículo 19.1 b) del TRLCSP "Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley."*

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, suministro y servicios). El carácter residual del contrato administrativo especial deviene de la función determinante del objeto contractual que viene resumida en los códigos CPV. El código CPV contribuye a resolver los problemas prácticos que plantea el tipo y aplicación de los contratos administrativos especiales. La correcta determinación del tipo de contrato aplicable de entre los contratos típicos resulta de las actividades enumeradas en los anexos I y II del TRLCSP por sus respectivos códigos CPV. Por parecer evidente procede descartar figuras como el contrato de obras, suministro o colaboración público privada y centrarnos en los contratos de servicios.



Hasta la finalización del plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE, el elemento caracterizador de la definición del contrato de servicios había que encontrarlo en la referencia que se hacía a las categorías recogidas en el Anexo II del TRLCSP, pues, al hacerlo, se vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, conforme al TRLCSP debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en su Anexo II.

En el caso concreto, no podemos definir el contrato como administrativo especial, por tener encaje directo en la categoría 17 del anexo II del TRLCSP “Servicios de hostelería y restaurante” al definir los tipos de servicios del artículo 10 del TRLCSP, ya que el apartado 1.2 del pliego de prescripciones técnicas que rige esta licitación establece en referencia al objeto del mismo que: *“Cada lote tiene por objeto la explotación, mediante uso privativo, de los locales destinados a la realización de la actividad de BAR-CAFETERÍA en los Centros relacionados”*.

Los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, que posteriormente se seguiría por la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, expresa que tales contratos se señalarían como de servicios: El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 19/2008, de 4 de septiembre, consideraba que los contratos de bares, cafeterías y restaurantes tienen cabida en la categoría 17 "servicios de hostelería y restaurante" del anexo II del TRLCSP y por ello se califican como servicios. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en las Resoluciones 9, 49 y 153 de 2017.

Así pues, una vez descartada la inclusión de este contrato en la categoría de contrato administrativo especial, debe analizarse si procede mantener la calificación de contrato de servicios en consonancia con los citados informes de las Juntas Consultivas o si, habida cuenta del efecto directo de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, procede su calificación como concesión de servicios.



En tal sentido, la jurisprudencia comunitaria, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5 viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater). Asimismo, este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resolución 41/2016, de 18 de febrero) ha recalificado contratos analizando la distinción entre un servicio y una concesión.

No obstante, a la fecha de publicación de esta licitación, había vencido el plazo de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que incorpora toda la jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior. Este vencimiento tuvo lugar el 18 de abril de 2016, siendo incuestionable que, a partir de esta fecha, la definición de <<riesgo operacional>> contenida en el artículo 5 de la citada Directiva surte plenos efectos jurídicos y determinará que un contrato deba calificarse como concesión o como servicio en función de que dicho riesgo se haya transferido o no al contratista. Dice así el artículo 5 de la Directiva “(...) *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*”

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de



servicios y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede.

Lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o «riesgo operacional» al adjudicatario; es decir, si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que define el artículo 5 de la Directiva. Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato: en las cláusulas 5ª y 6 del PPT se regulan las obligaciones del adjudicatario para la prestación del servicio, donde este asume gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 215 del TRLCSP.

No obstante, el contratista sí asume las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte de la Administración.

Por otro lado, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude ahora el artículo 5 de la Directiva de concesiones- cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser, antes citada apartados 66 y 67), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato



de servicios o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

Por otra parte, el riesgo de demanda debe valorarse para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección en cuanto a los servicios prestados; en el presente supuesto podríamos considerar que sí existe riesgo de demanda. La ubicación de la Universidad, concretamente de la cafetería designada en el lote 6 recurrido de esta licitación, está en la Facultad de Ciencias de la Salud, situada en un campus en el que existen otros establecimientos que ofrecen los servicios de bar-cafetería, con lo cual no está garantizada la posibilidad de que vayan usuarios a la cafetería de la mencionada facultad en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 411/2017, de 5 de mayo, a la que siguió la 418/2017, de 12 de mayo.

Asimismo, de todo lo dispuesto en los pliegos se concluye que el adjudicatario deberá explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros.

En definitiva, la Universidad de Granada, transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, 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.

A la vista del conjunto de elementos y factores existentes, debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de concesión de servicios. No obstante, en aplicación



del artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE, tendrán la consideración de contratos de concesión de servicios sujetos a regulación armonizada aquellos que igualen o superen los 5.225.000 euros de valor estimado, siendo que las concesiones que se sitúen por debajo del umbral señalado, no están sujetas al recurso especial.

En la licitación impugnada, el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares expresa que el importe del valor estimado es cero y que este contrato no origina gastos a la Administración. Al respecto, se solicitó al órgano de contratación, informe sobre el volumen total de negocio en base al referido artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE, para la determinación del valor estimado del contrato. La documentación remitida por el órgano de contratación expresa que el valor estimado asciende a 3.987.936 euros.

En consecuencia, dado que en la licitación impugnada ese valor estimado se cifra en 3.987.936 euros, por debajo del umbral que da acceso al recurso especial en materia de contratación, procede declarar la inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 3º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 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 Real Decreto.

La concurrencia de la causa expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso, e impide entrar a conocer los motivos en que el mismo se sustenta.

**CUARTO.** Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 40.5 del TRLCSP dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones*



*Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.*

En este sentido, la referencia efectuada a la Ley 30/1992 hay que entenderla realizada a la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la citada Ley 39/2015, según el cual *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Por lo tanto, no procediendo la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acto impugnado, 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, no procediendo remitir el escrito de recurso al órgano de contratación, por cuanto el original obra en poder de este.

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 **PLAZA TAPAS, S.L.** contra la resolución de adjudicación de fecha 11 de diciembre de 2017 del contrato denominado “Explotación del servicio de bar-cafetería de varios Centros de la Universidad de Granada” (Expte. XPS 0031/2017), respecto del lote 6, convocado por la Universidad de Granada, al no ser el contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**SEGUNDO.** Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la citada Ley 39/2015, 1 de octubre

**TERCERO.** 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.

