

Recurso 111/2013.

Resolución 122/2013.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 17 de octubre de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a. MARÍA ORTEGA FRÍAS** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en la modalidad de concesión” (Expte. 00089/ISE/2013/SC), tramitado por el Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de junio de 2013, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 124, el anuncio de licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en la modalidad de concesión” (Expte. 00089/ISE/2013/SC). Ese mismo día, el citado anuncio fue

publicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado de la contratación asciende a la cantidad de 10.635.170,00 euros.

SEGUNDO. El 15 de julio de 2013, María Ortega Frías presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación dirigido a este Tribunal contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP en adelante) que ha de regir la licitación de dicho contrato.

TERCERO. El 17 de julio de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el citado recurso especial en materia de contratación, remitido por el órgano de contratación junto al expediente, la relación de licitadores que habían presentado oferta y su informe a efectos de resolución del recurso.

CUARTO. El 19 de julio de 2013, se dio plazo de alegaciones a los licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

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

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El recurrente cuestiona que el contrato objeto del recurso se califique como contrato de gestión de servicio público y no como contrato de servicios. En base a ello indica que el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (ISE en adelante) tiene encomendada la gestión del servicio público de comedor escolar, por lo que no puede a su vez contratar la gestión indirecta de dicho contrato sino sólo licitar contratos de servicios.

Dos son las cuestiones que hemos de abordar con relación a la cuestión planteada, por un lado, la posibilidad de que el ISE pueda licitar contratos de gestión de servicios públicos en relación a las funciones que tiene encomendadas y otra, la verdadera naturaleza del contrato objeto del presente recurso, esto es, si se trata de un contrato de servicios o de gestión de servicios susceptible de recurso ante este Tribunal.

La Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras creó en su artículo 41 el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, como una entidad de Derecho Público de las previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, adscrita a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines.

El Decreto 219/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, en su artículo 1.2 dispone que:

“ Constituyen fines generales del Ente: El ejercicio de las actuaciones que correspondan a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, para llevar a cabo la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma, atendiendo siempre al respeto del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.”

Y el artículo 2.2 del citado Decreto 219/2005, dispone:

“2. El Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos ejercerá las potestades administrativas atribuidas a la Consejería competente en materia de gestión de infraestructuras educativas no universitarias y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria, pudiendo conceder, dentro de su ámbito de competencias, subvenciones y ayudas públicas, de conformidad con la normativa de aplicación y atendiendo siempre al respeto del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Por su parte, el artículo 5 de dicho Decreto referido a las funciones del Ente Público y potestades administrativas, señala que:

“1. El Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos podrá ejercer las potestades administrativas necesarias para el ejercicio de las competencias enumeradas en el apartado 3 de este artículo, así como plantear las actuaciones que considere necesarias al titular del órgano competente de la Consejería a la que se encuentre adscrito.”

Y entre ellas recoge:

“m) La gestión del transporte, comedores, aulas matinales y actividades extraescolares y, en general, la relativa a los servicios complementarios de la

enseñanza no universitaria, con excepción de aquellos comedores que gestiona directamente la Consejería que tenga las competencias en materia de educación no universitaria.”

Por tanto, el ejercicio de las potestades administrativas en materia de gestión del servicio de comedor se encomienda al ISE en virtud de la Ley por la que se crea, junto a las demás funciones propias de la Consejería de Educación, teniendo aquél la naturaleza de Administración Pública de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCSP y en consecuencia, podrá adjudicar y celebrar el mismo cualquiera de los contratos del sector público que regula el TRLCSP.

El recurrente basa su argumentación en que el artículo 8 del TRLCSP, tras definir el contrato de gestión de servicios públicos, en su apartado 2 señala que *“las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”*; y entiende el recurrente que puesto que el ISE ha sido creado para la gestión de los servicios públicos entre otros, de comedor escolar, no puede a su vez licitar dicho servicio como contrato de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, el citado artículo 8.2 del TRLCSP se está refiriendo a la no aplicación de las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos en el caso de que se creen entidades de derecho público o sociedades de derecho privado cuyo capital sea en su totalidad de titularidad pública para la gestión del servicio público; es decir, no son aplicables las citadas disposiciones respecto a las relaciones entre la Administración que las crea y dichas entidades. Pero en el caso del ISE, es la ley de creación la que le atribuye el ejercicio de las actuaciones que corresponden a la Consejería de Educación para llevar a cabo la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria, pudiendo ejercer las potestades administrativas

necesarias para ello; por tanto, no se trata de la atribución a dicho Ente de la gestión indirecta de un servicio, sino de la gestión directa del mismo, al transferirle la competencia para ello y en consecuencia, podrá contratar la gestión del servicio en las formas previstas en el artículo 277 del TRLCSP (concesión, gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica o sociedad de economía mixta).

CUARTO. La otra cuestión a analizar es determinar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato en aras a considerar si procede la interposición del recurso especial en materia de contratación.

El PCAP lo califica como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, y por tanto, de acuerdo con el artículo 277 del TRLCSP “el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura”

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige como condición *sine qua nom*, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada. así, en sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) se afirma que:

«De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia,

apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011(Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que 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».

Finalmente, la sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».

Este criterio ha sido mantenido por el Tribunal de Contratación Pública de Aragón en sus Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre de 2013 y 55/2013, de 1 de octubre de 2013, recogiendo el criterio de la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad

Autónoma de Aragón, donde se refiere expresamente a la calificación de los contratos en la LCSP (hoy TRLCSP) de la siguiente manera:

«Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración». Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos– cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. Así lo ha indicado el TSJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser), en la que se define en el ámbito de las Directivas 2004/18 y 2004/17, el concepto y diferencias del contrato de servicios y de concesión de servicios, afirmando que: “ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios”, doctrina que se confirma en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater Rettungsdienst), afirmando que “si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios».

Esta es también la línea interpretativa establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente de contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma».

En el contrato objeto del recurso, el ISE no asume ninguna contraprestación económica a favor del concesionario. La contrapartida que éste recibe es el derecho a explotar el servicio, debiendo además abonar al ISE una contraprestación económica calculada como porcentaje respecto del precio menú/día. El servicio de comedor lo prestará el concesionario a su riesgo y ventura, asumiendo los riesgos de la explotación sin que el ISE asuma ningún riesgo, pues se limita a percibir del concesionario la contraprestación económica correspondiente. Por consiguiente, la figura contractual examinada debe calificarse como contrato de gestión de servicios públicos.

En este sentido, el artículo 40.1 del TRLCSP establece que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que*

pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- c) *Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años*”.

El contrato objeto del citado recurso tiene un presupuesto de licitación de 4.834.168,26 €, pero no se establecen en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares los gastos de primer establecimiento. Además, el citado precepto exige para que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, que concurran dos requisitos simultáneamente, esto es, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y que el plazo de duración sea superior a cinco años. Por ello, además de que no están fijados los gastos de primer establecimiento, lo que está claro es que no se cumple el requisito del plazo de duración superior a 5 años, ya que éste se ha fijado en dos años, con posibilidad de prórroga pero sin que el plazo total incluidas las prórrogas supere los cuatro años. En definitiva, el plazo máximo de vigencia del contrato alcanzaría a cuatro años, por lo que no se cumple el requisito de la superación del plazo de cinco años para que opere la sujeción del contrato al recurso especial en materia de contratación.

Por ello, debe declararse la inadmisión de recurso, sin que proceda entrar a analizar las cuestiones de fondo planteadas en el mismo.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **este Tribunal**, en el día de la fecha,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a MARIA ORTEGA FRIAS** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en la modalidad de concesión” (Expte. 00089/ISE/2013/SC), al haberse dictado el acto impugnado en el procedimiento de adjudicación de un contrato no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA PRESIDENTA