

Recurso 176/2013.

Resolución 18/2014

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

Sevilla, 12 de febrero de 2014

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERENISIMA IBERIA, S.L.** contra la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación respecto a los lotes 5, 6, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 23 y 24 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”, promovido por el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (Expte. 00089/ISE/2013/SC), 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 el perfil de contratante de 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 y entre las empresas que presentaron oferta en el procedimiento de adjudicación figura la ahora recurrente.

SEGUNDO. En la sesión de la mesa de contratación de 23 de agosto de 2013, se efectuó la propuesta de adjudicación del contrato en los distintos lotes en que se fraccionaba el objeto del mismo.

TERCERO. El 13 de septiembre de 2013, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SERENISIMA IBERIA, S.L. contra la propuesta de adjudicación del contrato adoptada por la mesa de contratación.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 17 de septiembre de 2013, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada y el listado de los licitadores en el procedimiento con los datos precisos a efectos de notificaciones.

La citada documentación fue recibida el 20 de septiembre de 2013 en el Registro del Tribunal.

QUINTO. El 24 de septiembre de 2013, este Tribunal dictó resolución denegando la medida provisional instada por la entidad recurrente.

SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 26 de septiembre de 2013, se dio traslado del recurso especial a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

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 y contratos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de impugnación en esta vía.

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:*

- a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.*
- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y*
- 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.*

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.”

El contrato a que se refiere el recurso es calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación como contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión, alegándose por el órgano de contratación en su informe sobre el recurso que éste debe inadmitirse, al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP para que el contrato sea susceptible de recurso. En este sentido, se manifiesta que no han sido fijados en los pliegos gastos de primer establecimiento, al no existir inversiones necesarias para la puesta en funcionamiento del servicio público y que el plazo máximo de vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, es de cuatro años.

En la Resolución 122/2013, de 17 de octubre, de este Tribunal ya se abordó la cuestión de la calificación del presente contrato como gestión de servicio público con ocasión de un recurso especial contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que regía la licitación de aquél. En la citada resolución se indicaba que tal calificación jurídica exige como condición *sine qua non* la transferencia del riesgo al contratista y se citaban sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han realizado un exhaustivo estudio sobre la cuestión, como las sentencias de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser), de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater) y de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), cuya doctrina puede resumirse del siguiente modo:

- La concesión de servicios implica que el concesionario debe asumir el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. Si no existe transmisión del riesgo al prestador de los servicios, la operación en cuestión constituirá un contrato público de servicios.

- 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.

Asimismo, en la Resolución citada de este Tribunal se concluía que la figura contractual examinada, a la luz de la jurisprudencia expuesta, debía calificarse como contrato de gestión de servicio público, pues el ente público contratante no asume ninguna contraprestación económica a favor del concesionario. La contrapartida que éste recibe es el derecho a explotar el servicio, debiendo además abonar a aquél una contraprestación económica calculada como porcentaje respecto del precio menú/día. Así pues, el servicio de comedor lo prestará el concesionario a su riesgo y ventura, sin que el ente público asuma ningún riesgo, pues se limita a percibir del concesionario la contraprestación económica correspondiente.

Por tanto, una vez determinado que el contrato en cuestión ha sido correctamente calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares como contrato de gestión de servicio público, debe darse razón al órgano de contratación cuando señala que aquél no es susceptible de recurso especial conforme al artículo 40.1 c) del TRLCSP, toda vez que no se establecen en el pliego gastos de primer establecimiento, ni el contrato tiene más de cinco años de duración, al ser su vigencia máxima de cuatro años, incluidas las prórrogas.

Aparte de lo anterior, aún cuando el recurso afectara a un contrato susceptible del mismo, debe tenerse en cuenta, además, que el acto recurrido es la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación y ya es doctrina consolidada de este Tribunal y del resto de Tribunales administrativos que la citada propuesta no es un acto de trámite cualificado contra el que quepa recurso especial, conforme a lo previsto en el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

Al respecto, el artículo 160.2 del TRLCSP dispone que la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación en el procedimiento abierto no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante,

cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

Por tanto, si la propuesta no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto y el órgano de contratación puede motivadamente apartarse de tal propuesta, no cabe atribuir a la misma el carácter de acto de trámite cualificado de los previstos en el artículo 40.2 b) del TRLCSP. Como ya se señalaba en la reciente Resolución de este Tribunal 5/2014, de 22 de enero, que invocaba, a su vez, la Resolución 199/2012, de 20 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“La propuesta de adjudicación hecha por la Mesa no es un acto de trámite cualificado por cuanto el órgano de adjudicación puede apartarse de él motivadamente, de modo que no pone fin al procedimiento, no decide directa o indirectamente sobre el fondo al no crear derechos invocables por los licitadores, no produce perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, ni produce indefensión por cuanto los defectos pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo que es la adjudicación.”*

En consecuencia, procede declarar la inadmisión del recurso al haberse dictado el acto impugnado en el procedimiento de adjudicación de un contrato contra el que no cabe recurso especial en materia de contratación y no ser aquel acto tampoco susceptible del citado recurso. Ello hace innecesario el examen de los motivos en que el recurso se fundamenta.

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 la entidad **SERENISIMA IBERIA, S.L.** contra la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación respecto a los lotes 5, 6, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 23 y 24 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”, promovido por el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (Expte. 00089/ISE/2013/SC), al haberse dictado el acto impugnado en el procedimiento de adjudicación de un contrato contra el que no cabe recurso especial en materia de contratación y no ser aquel acto tampoco susceptible del citado recurso.

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

