

Recurso 242/2014**Resolución 194/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 15 de octubre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L** contra el Acuerdo del Pleno Extraordinario de 29 de abril de 2014, por el que se adjudica el contrato de “Gestión de servicio público de ayuda a domicilio por ley de dependencia”, promovido por el Ayuntamiento de Olivares (Expte. 327/2013), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de enero de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm 24, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, convocado por el Ayuntamiento de Olivares. El citado anuncio fue también publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Olivares, el 31 de enero de 2014 .

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 723.900 euros.



SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 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.

Asimismo, entre las empresas que presentaron proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. El 29 de abril de 2014, el órgano de contratación dictó acuerdo de adjudicación del contrato referenciado a la empresa CLECE,S.A, remitiéndose notificación de la misma a la entidad recurrente el 5 de mayo de 2014, de conformidad con el sello de registro de salida que consta en el expediente y publicándose en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Olivares el 13 de mayo de 2014.

CUARTO. El 15 de mayo de 2014, **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L** presenta ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento.

El 22 de julio de 2014, se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto.

QUINTO. Mediante escrito de la Secretaria del tribunal de fecha 24 de julio de 2014, se requiere al recurrente la documentación acreditativa de la facultad de representación para la interposición del presente recurso, recibándose dicha documentación en el Registro del Tribunal el 28 de julio de 2014.



SEXTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de fecha 24 de julio de 2014, se requiere al órgano de contratación para que remita el expediente de contratación, informe sobre el recurso, listado de licitadores, así como las alegaciones que estimara oportunas en relación a la medida cautelar solicitada. Dicha documentación, a excepción del informe solicitado, se recibió en fecha 4 de agosto de 2014.

SÉPTIMO. Mediante escritos de 6 de agosto de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndolas presentado en plazo ninguna empresa.

OCTAVO. El 22 de abril de 2014, fue suscrito convenio entre la Consejera de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Olivares, sobre la atribución de competencia a este Tribunal en materia de recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad.

NOVENO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 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 artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, (en su redacción dada antes de la



modificación operada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto)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 concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de Olivares, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 22 de abril de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Olivares, ya que de conformidad con la cláusula séptima de dicho Convenio, el mismo permanece vigente a la fecha de presentación del presente recurso, no habiendo sido denunciado por ninguna de las partes firmantes del mismo.

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. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto. El mismo se deduce frente a la resolución de adjudicación del contrato que es un acto susceptible de recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.2 c) del TRLCSP.

No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión de servicio público.

La adecuada tipificación del contrato como gestión de servicios públicos o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal en sus Resoluciones 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre y



190/2014 de 3 de octubre, donde se recogía, a su vez, el criterio de otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, y 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero, y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene, a propósito de un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición *sine qua non* la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala 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 y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.
- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio 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 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, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1. La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.
2. La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.
3. Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.



4. La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Asimismo, el informe mencionado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concluye que:

- La asunción del riesgo de explotación por el concesionario es el elemento determinante para atribuir a una relación jurídica la condición de concesión de servicios, de modo que la concurrencia de las demás características expuestas sin asunción del riesgo de explotación no permite calificar el negocio jurídico como concesión de servicios.
- Los contratos de gestión de servicios públicos se vinculan expresamente con las concesiones de servicios. No obstante, el contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de un servicio público asumido como de su competencia por una Administración Pública habrá de ser calificado como contrato de servicios, si dicho particular no asume el riesgo de la explotación y el objeto contractual puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la LCSP.

Así pues, como señala la Resolución 81/2013, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la gestión indirecta de un servicio público por un particular puede configurarse como una concesión administrativa si existe riesgo en la gestión o como un contrato de servicios, si el contratista se limita a realizar una serie de actuaciones que sirven a la Administración titular del servicio como instrumento auxiliar en la prestación del mismo.



Para la calificación jurídica del presente contrato, debemos tener en cuenta la cláusula quinta de los pliegos de cláusulas administrativas particulares relativa al “Importe del Contrato”, que dispone que *“El presupuesto máximo es de setecientos cincuenta y dos mil ochocientos cincuenta y seis euros (752.856€), IVA incluido, siendo el precio máximo por hora para la ejecución del servicio de 13,00 €, IVA incluido (...)*

Será el Excmo. Ayuntamiento de Olivares, a través del Área de Bienestar Social, el que establezca el número de horas a prestar a los beneficiarios que accedan al servicio, siendo el importe máximo de licitación una previsión del gasto que pueda generarse para el Servicio.

Este presupuesto estimado total del contrato, para la gestión del servicio durante el periodo de duración del mismo, podrá revisarse al alza o a la baja en función del incremento o minoración de las horas de prestación del servicio que pudiera producirse respecto de la previsión inicial efectuada en las cantidades correspondientes al volumen de atención del servicio de ayuda a domicilio propiamente municipal y/o al volumen generado por la aplicación de la Ley de Dependencia.

La Previsión inicial de horas que aproximadamente supondrá la prestación del servicio:

■ Año 2.014: 28.956 horas, desde el 1 de enero al 31 de diciembre.[376.428 euros (28.956 horas*13€/hora)].

■ Año 2.015: 28.956 horas, desde el 1 de enero al 31 de diciembre.[376.428 euros (28.956 horas*13€/hora)]”

En la presente cláusula se pone de manifiesto que no se transfiere al adjudicatario el riesgo de la explotación, ya que existe una previsión de horas anuales, un precio máximo unitario por hora y un presupuesto estimado total que resulta de multiplicar el precio/hora por el número anual de horas estimado, y aún cuando el número anual estimado de horas pueda fluctuar, la



oscilación que pueda haber al alza o baja no se presume desmesurada en un contrato de esta naturaleza. En definitiva, pues, no está indeterminada la demanda del servicio y la retribución del contratista queda fijada en el pliego en función de la oferta por precio hora que realice.

En este sentido debemos mencionar la Resolución núm 3/2014 de 9 de abril de 2014 de la Diputación Foral de Álava que en relación a un contrato calificado de Gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio, determina que el mismo debe ser calificado como contrato de servicios, concluyendo que *“Conforme a los criterios apuntados y trasladándolos al contrato objeto del presente recurso, no se aprecia que exista ninguna transferencia del riesgo de explotación del servicio al adjudicatario, el cual se limita a la percepción del precio unitario ofertado por cada hora de prestación del servicio, tal y como establecen los pliegos reguladores de las condiciones del contrato, cuya gestión, por otro lado, está asumida por la propia administración contratante que es quien determina tanto la necesidad como la frecuencia de la prestación en función de una selección de prestatarios que ella misma realiza, sin que, por otra parte, se exija la realización de ninguna inversión de explotación del servicio, y por ello el contrato debe calificarse de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP: Servicios sociales y de salud.”*

Asimismo, en el presente contrato no se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, tal y como se desprende de los requisitos relativos a la organización y funcionamiento del servicio previstos en la cláusula décima del pliego de prescripciones técnicas, la cual describe con detalle indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario para la adecuada prestación del servicio, lo cual abunda en la idea antes expresada de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que



evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal no puede sino concluir que el contrato aquí examinado debe calificarse como contrato de servicios, siendo el mismo susceptible de recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40.1 b) del TRLCSP, al tratarse de un contrato de servicios comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud) y alcanzar su valor estimado el importe de 723.900 euros.

Finalmente, debe indicarse que, aunque el recurrente no alega la inadecuada calificación del contrato por el órgano de contratación como gestión de servicios públicos, la competencia para conocer de un determinado recurso es una cuestión de orden público procesal que debe apreciarse de oficio por los Tribunales u órganos encargados de resolver los recursos formalizados ante ellos, aún cuando tal cuestión no hubiera sido alegada por las partes. Es por ello que este Tribunal, a efectos de fijar su competencia para resolver el recurso especial interpuesto, ha tenido que entrar a analizar la prestación contractual objeto de los pliegos en orden a determinar la adecuada naturaleza jurídica del contrato y su sujeción o no al recurso especial. A tales efectos, resulta del todo indiferente la calificación jurídica contractual que se haya dado y que éstos hayan sido o no aceptados por el licitador hoy recurrente, pues dichos pliegos no pueden alterar, en modo alguno, el sistema de justicia administrativa dispuesto por el legislador. En tal sentido, se pronuncia también el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y la Resoluciones 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre, de este Tribunal.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del*



siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

En el supuesto analizado, consta en el expediente que el acuerdo de adjudicación se dictó el 29 de abril de 2014, remitiéndose notificación del mismo a la entidad recurrente el 5 de mayo de 2014, de conformidad con el sello de registro de salida que consta en el expediente. Por tanto, el recurso presentado ante el órgano de contratación el 15 de mayo de 2014 se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Una vez analizados los requisitos previos de admisión del recurso deben analizarse los motivos en que el mismo se sustenta.

En primer lugar, la recurrente alega que en el Acta de la mesa de Contratación de fecha 7 de abril de 2014 de apertura y valoración del sobre “B”, cuyo contenido se reproduce de forma literal en el acuerdo de adjudicación de fecha 29 de abril de 2014, se ha producido una alteración en el orden de apertura de los sobres, en el sentido de indicar que se abre el sobre “B” -comprensivo de la proposición económica- antes del sobre “C”-comprensivo de la documentación ponderable a través de juicios de valor-, contraviniendo lo dispuesto en la cláusula duodécima del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativo a la apertura de las proposiciones, y en el que se establece que en primer lugar se procederá a la apertura del sobre “A” que contiene la documentación administrativa general, posteriormente a la apertura del sobre “C” comprensivo de la documentación ponderable a través de juicios de valor, para finalmente una vez emitido el informe con las puntuaciones proceder a la apertura del sobre “B” que contiene la proposición económica y documentación cuantificable de forma automática.

En segundo lugar, alega que a la mesa de contratación no asisten las personas que según el pliego de cláusulas administrativas particulares la forman, en



concreto, no asistió una Trabajadora Social, sin comunicar dicha circunstancia a los licitadores ni constar ausencia motivada, renuncia o cualquier otra circunstancia.

SEXTO. Respecto a la primera alegación, de acuerdo con la documentación incorporada en el expediente de contratación remitido, consta que el órgano de contratación, a la vista del recurso especial en materia de contratación interpuesto, y de las actas de las sesiones de la Mesa de Contratación celebradas, comprobó que se produjo un error material en el contenido del acta de la mesa de fecha 7 de abril de 2014 incorporado al acuerdo de adjudicación, por lo que emitió un certificado de corrección de errores materiales de fecha 5 de junio de 2014, notificado al recurrente el 9 de junio de 2014, según acuse de recibo obrante en el mismo, por lo que de conformidad con el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se procedió a rectificar el Acuerdo de adjudicación del Pleno Extraordinario de 29 de abril de 2014, subsanando el error alegado.

Dicha rectificación consistió en corregir el contenido del acuerdo de adjudicación notificado, en el sentido de indicar que la adjudicación del presente contrato se ha realizado de conformidad con la propuesta realizada por la Mesa de Contratación mediante las actas correspondientes a las sesiones celebradas los días 20 de marzo, 1 y 7 de abril, correspondiendo dichas sesiones a las reuniones convocadas para la apertura, por este orden, del sobre “A” documentación administrativa general, sobre “C” documentación ponderable a través de juicios de valor, y sobre “B” proposición económica y documentación cuantificable de forma automática, respectivamente, por lo que en ningún momento se ha alterado el orden de apertura de los sobres.

Por lo expuesto, y subsanado el error cometido, la cuestión suscitada carecería de fundamento.



SEPTIMO: Por otro lado, en relación a la alegación referente a la ausencia de la trabajadora social en la mesa de contratación celebrada en fecha 7 de abril de 2014, incumpliendo lo dispuesto en la cláusula décima de los pliegos de cláusulas administrativas, debemos indicar que dicha cláusula dispone que :

“El Órgano de Contratación estará asistido por una Mesa que, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda, apartado 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estará formada por :

Presidente: D. I. R. G., Alcalde -Presidente, o Concejal en quien delegue.

Secretario: D. J. J. R. S., Secretario del Ayuntamiento.

Vocales: Dña. B. I. R. T., Interventora de Fondos del Ayuntamiento.

Dña. M. L. P. F., Trabajadora Social del Ayuntamiento.

Un representante de cada Grupo Político con representación en el Pleno del Ayuntamiento.

La Mesa de Contratación podrá solicitar el asesoramiento de cuantos expertos considere precisos para el desempeño de la funciones que le han sido encomendadas.”

El apartado 10 de la Disposición Adicional Segunda del Texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) , dispone que *“La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, **sin que su número, en total, sea inferior a tres.** Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.*



En las entidades locales municipales podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales.”

Asimismo, la Ley 30/0992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, que es de aplicación supletoria de conformidad con lo estipulado en el artículo 46 del TRLCSP, dispone en su artículo 26 en relación a la a la válida constitución de los órganos colegiados que *“a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros,....”*

Por lo que, asistiendo a la reunión celebrada el 7 de abril de 2014, para la apertura del sobre “B”, el Presidente, la Secretaria Accidental, dos miembros del grupo político PSOE y la Interventora del Ayuntamiento, se ha respetado en todo momento en su constitución el quorum previsto en los preceptos legales transcritos.

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

RESUELVE

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BCM GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L** contra el Acuerdo del Pleno Extraordinario de 29 de abril de 2014, por el que se adjudica el contrato de “Gestión de servicio público de ayuda a domicilio por ley de dependencia”, promovido por el Ayuntamiento de Olivares (Expte. 327/2013),



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

TERCERO. 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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

CUARTO. 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

