

Recurso 314/2014**Resolución 214/2014****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 10 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lebrija, de 1 de octubre de 2014, por el que se adjudica el contrato de “Gestión indirecta mediante concesión del servicio público de Escuela Infantil Municipal “Garabatos” de Lebrija (Sevilla), promovido por el Ayuntamiento de Lebrija (Expte. PAB/11/2014), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de julio de 2014, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla núm 164, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, convocado por el Ayuntamiento de Lebrija. El citado anuncio fue también publicado en el perfil de contratante del Ayuntamiento , el 15 de julio de 2014 .



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 y por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

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

TERCERO. El 1 de octubre de 2014, el órgano de contratación dictó acuerdo de adjudicación del contrato referenciado a la empresa MEGADIVER SOCIOEDUCATIVA, S.L., remitiéndose notificación de la misma a la entidad recurrente mediante fax el 2 de octubre de 2014 y publicándose en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Lebrija el 1 de octubre de 2014.

CUARTO. El 15 de octubre de 2014, CLECE, S.A. presenta ante el órgano de contratación anuncio del recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento, presentando dicho recurso en el registro de dicho Ayuntamiento el 21 de octubre de 2014.

El 28 de octubre de 2014, se recibió en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto.



QUINTO. El 21 de noviembre de 2012, fue suscrito convenio entre la Consejera de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Lebrija, sobre la atribución de competencia a este Tribunal en materia de recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad.

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 Lebrija, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 21 de noviembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Lebrija, ya que 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. 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 1 de octubre de 2014, remitiéndose notificación del mismo a la entidad recurrente el 2 de octubre de 2014. Por tanto, el recurso presentado ante el órgano de contratación el 21 de octubre de 2014 se ha interpuesto en plazo.

CUARTO. 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 indirecta de servicio público mediante la modalidad de concesión, sin que se haya previsto gastos de primer establecimiento, teniendo en cuenta que la sujeción al recurso especial sólo procede respecto a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años (artículo 40.1c)).

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.



En este caso, la empresa que resulte adjudicataria del contrato percibirá por parte de los usuarios del servicio las tarifas que han de abonar, sin que el Ayuntamiento abone ninguna cantidad y además las plazas aparecen ya determinadas en la definición del objeto del contrato.

No es determinante, como hemos indicado en otras ocasiones, que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio.

Debe señalarse en todo caso que según consta en la memoria económica para la elaboración del expediente, el precio para el cálculo de los gastos anuales de cada plaza escolar se ha fijado en base a los precios establecidos por el Acuerdo de 7 de julio de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se fija la cuantía de los precios públicos por los servicios prestados en los centros de Primer Ciclo de Educación Infantil, por lo que tenemos que partir de la base de que esos precios incluyen todos los gastos anuales que conllevan las plazas y que el presupuesto del contrato se basa en el coste real del servicio, abonado directamente por los usuarios, a través del precio público fijado .

El Ayuntamiento no aporta ninguna cantidad al concesionario por lo que el contrato no sólo no tiene ningún coste para el mismo, sino que además supone un ingreso para el Ayuntamiento a través del pago del canon a que se obliga el adjudicatario y sobre el cual pivota la oferta económica que ha de realizar cada licitador.

En un contrato similar, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus resoluciones 94/2014, de 24 de junio y 130/2014, de 16 de julio, tuvo en cuenta, meramente a efectos interpretativos, la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al



SEC 2013, (Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea), a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas, donde se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el de demanda.

El riesgo de construcción se refiere a las consecuencias derivadas de retrasos, sobrecostes o incumplimiento de estándares de calidad, o deficiencias técnicas de las obras que constituyen parte del objeto del contrato. Es cierto que el riesgo de construcción es un elemento inherente a los contratos de concesión de obra pública, pero cabe también apreciar su existencia en los contratos de concesión de servicios que llevan aparejada construcción.

En el contrato objeto del presente recurso el adjudicatario no está obligado a realizar ningún tipo de obras, ya que recibe el local del Ayuntamiento con el equipamiento que consta en la documentación y solo debe realizar el mantenimiento y conservación del mismo.

El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario, cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad.

En este caso, como se ha indicado no existe un pago por parte de la Administración al concesionario pero sí existe una previsión expresa en los Pliegos sobre la resolución del contrato, abono de los daños y perjuicios



causados a la Administración y penalidades en en función del grado de cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

Por otro lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia 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 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 público 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 de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada.

Aun cabe señalar que el riesgo de demanda no debería ser determinante para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección limitada en cuanto a los servicios prestados ya que las plazas han sido fijadas por el Ayuntamiento.



En el contrato que analizamos, podríamos considerar que sí existe un riesgo de demanda ya que el contratista sólo percibirá las tarifas abonadas por los usuarios del servicio sin que el Ayuntamiento le asegure o abone una cantidad adicional fija con independencia del nivel de ocupación de las plazas, sin que esté garantizada la probabilidad de que la totalidad de las plazas ofertadas se cubran y sin que el Ayuntamiento se comprometa a abonar las tarifas correspondientes a las plazas que no se cubran. Esto significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recaerá íntegramente en la entidad adjudicataria.

Este riesgo tiene una repercusión económica importante pues la totalidad del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los padres mediante precio público.

A ello hay que añadir la obligación que la cláusula 16 del PCAP impone al concesionario de suscribir una póliza de seguros de responsabilidad civil que cubra los riesgos derivados de la prestación del servicio y una póliza para asegurar las instalaciones donde se prestará el servicio así como una póliza de seguro de accidentes de los alumnos del centro.

Por lo tanto, 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 gestión de servicio público.

Hay tener en cuenta también, a los meros efectos interpretativos, el contenido de la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional, señalando que hay transferencia del mismo al concesionario “cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes” art.5.2 y que la



normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Por lo expuesto, este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso puede encuadrarse en la categoría contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión. En consecuencia, no teniendo gastos de primer establecimiento, no le corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

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

RESUELVE

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLECE, S.A.** contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lebrija de 1 de octubre de 2014, por el que se adjudica el contrato de “Gestión indirecta mediante concesión del servicio público de Escuela Infantil Municipal “Garabatos” de Lebrija (Sevilla) , promovido por el Ayuntamiento de Lebrija (Expte. PAB/11/2014), al no ser el contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. 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

