

Recurso 503/2023
Resolución 553/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CASERVEN VENDING, S.L.U.**, contra la resolución de exclusión del órgano de contratación, de 26 de septiembre de 2023, y contra la resolución de adjudicación de fecha de 16 de octubre de 2023 del contrato denominado “Contrato administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios”, (expediente número 2023/04), convocado por la Universidad de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 y el 7 de marzo de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento, el valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 495.867,75euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Con fecha 11 de julio de 2023, el órgano de contratación acordó adjudicar el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el mismo 11 de julio.

SEGUNDO. El 28 de julio de 2023 se presentó en el Registro de este Tribunal, un primer recurso especial interpuesto contra el anteriormente indicado acuerdo de adjudicación.

El recurso especial fue estimado por este Tribunal, mediante la Resolución 414/2023, de 13 de septiembre,

determinándose la “*anulación del acto impugnado, la resolución del órgano de contratación de adjudicación, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta presentada por la entidad adjudicataria, continuando el procedimiento hasta la adjudicación en su caso, con mantenimiento de la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción*”.

TERCERO. La Universidad de Jaén emite la resolución 26 de septiembre de 2023, por el que se acuerda la retroacción de las actuaciones al objeto de proceder a la exclusión de la oferta presentada por la empresa CASERVEN VENDING, S.L.U. Tras la exclusión el 26 de septiembre de 2023, el 16 de octubre de 2023, se emite la resolución de adjudicación, tras una nueva clasificación.

CUARTO. El 18 de octubre de 2023 se presentó por la entidad ahora recurrente citada en el encabezamiento, en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto contra la exclusión y contra el nuevo acuerdo de adjudicación indicado.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, lo cual fue recibido el 23 de octubre de 2023.

El mismo día, la Secretaría del Tribunal puso en conocimiento del recurso especial a los interesados, presentando alegaciones la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Jaén, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la Consejería de Hacienda y Financiación Europea y la Universidad de Jaén, el 6 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la resolución de exclusión del órgano de contratación, de 26 de septiembre de 2023, y contra la resolución de adjudicación de fecha de 16 de octubre de 2023 de un contrato administrativo especial de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública por lo que el acto recurrido, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.c) y 2.c) de la LCSP.

No obstante, y sobre la calificación del objeto del presente recurso como contrato administrativo especial se hace necesario volver a exponer lo que ya se indicó a mayor abundamiento en la Resolución 414/2023:

“(…) haremos una consideración a mayor abundamiento, sin perjuicio de considerarse que los pliegos ya están consentidos por las partes, y por ende su calificación, debiendo estarse entre las partes a la dada por el órgano de contratación, en virtud del artículo 139 LCSP.

A estos efectos, merece considerarse cuál sería la correcta determinación de la naturaleza del procedimiento de contratación, en cuyo seno se dicta el acto de adjudicación objeto del presente recurso especial, ya que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) califica el presente contrato como administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios. Solo en el caso en el que se hubieran recurrido los pliegos habría sido la auténtica naturaleza del contrato la que habría determinado la procedencia de este recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean, cuestión que este Tribunal va a analizar a continuación, como decimos a mayor abundamiento.

Así pues, respecto del presupuesto base de licitación, en el apartado 2 del cuadro resumen no se establece un presupuesto base ya que el contrato no genera gastos para la Universidad de Jaén, al percibir la contratista el pago directamente de las personas usuarias del servicio. Por otro lado, también se prevé en el referido apartado el canon mínimo de licitación a pagar por el adjudicatario, un canon anual mínimo de 120.000,00 € (IVA incluido) en concepto de cesión de espacios para la explotación del servicio, que será abonado por la empresa contratista. El valor estimado del contrato es 495.867,95 euros.

En el pliego de prescripciones técnicas (PPT), en su cláusula 1 y 2 se señala lo siguiente respecto del objeto:

“1. OBJETO DEL CONTRATO.

El objeto del presente pliego consiste pues en establecer las condiciones técnicas que van a regir el contrato administrativo especial para la instalación, explotación y mantenimiento del servicio de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios en los edificios de la Universidad de Jaén.

Las características que se describen en el presente pliego son mínimas y orientativas y, en consecuencia, podrán ser mejoradas por las empresas licitadoras en sus propuestas, las cuales la Universidad de Jaén podrá aceptar total o parcialmente.

La empresa adjudicataria percibirá la retribución directamente de las personas usuarias del servicio a través del precio fijado con motivo de la adjudicación del contrato sin que exista ningún pago económico por parte de la Universidad de Jaén.

En todo caso, rige para este contrato el principio de riesgo y ventura propio de la contratación administrativa.

2. OBJETIVO DE LA ACTUACIÓN Y ODS IMPLICADOS.

La Universidad de Jaén es una institución comprometida con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y lo pone de manifiesto a través de uno de los ejes transversales de su III Plan Estratégico: reforzar el compromiso social implantando los ODS en todos los niveles de actividad de la Universidad. Asimismo, y dentro de sus prioridades estratégicas ha desarrollado diferentes planes que tienen vinculación directa con la externalización de servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales, como por ejemplo el Plan de Sostenibilidad Ambiental, el Plan de Igualdad, etc.

En este marco de actuación se establecen como objetivos de la contratación del servicio de vending, además de atender la demanda de la comunidad universitaria, fomentar un uso responsable y eficiente de los recursos mediante una gestión medioambiental y socialmente responsable, con la incorporación al contrato de condiciones y criterios vinculados con el cumplimiento de diferentes objetivos de desarrollo sostenible como son los siguientes:

- Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las personas (Objetivo 8).*
- Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (Objetivo 12).*
- Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad (Objetivo 15)."*

Los pliegos califican el contrato como contrato administrativo especial, si bien a la vista del objeto, que es la cesión del espacio a efectos de colocar las máquinas para explotarlas y mantenerlas para ese fin, no debemos perder de vista que estamos ante un objeto que comparte notas con otras figuras jurídicas de Derecho público, como la concesión demanial para el uso privativo de bienes de dominio público o con la concesión de servicios. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación (v.g. Resolución 276/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Asimismo, en línea con lo anterior, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, ya en su Informe 13/2018, de 30 de mayo, ha establecido en su conclusión primera que «En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la

causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.»

En dicho sentido, se ha pronunciado asimismo el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 49/2017, de 15 de febrero, que en lo que aquí interesa dispone lo siguiente: «Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial. (...) sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.»

Observamos que el contrato administrativo especial se trata de una categoría residual, especialmente tras la LCSP, puesto que será difícil que el negocio jurídico no se ajuste a alguna otra categoría de contrato, como es el de servicios o el de concesión de servicios o de obras.

En los supuestos de uso de espacios en instalaciones públicas afectas al servicio público, habrá que analizar cuál es la finalidad de la Administración: si se trata de dar un servicio a los usuarios de la instalación, o si su finalidad principal es la de explotar el bien, es decir, obtener una rentabilidad económica; en el primer caso, estaremos ante un contrato sujeto a la LCSP y, en el segundo, ante un negocio jurídico relativo a un bien patrimonial o demanial (calificándose de arrendamiento o concesión administrativa, respectivamente).

Sin embargo, el órgano de contratación ha descartado que nos encontremos ante un contrato patrimonial, entendiéndolo que tiene naturaleza administrativa, esto es, que la finalidad del contrato es la consecución de un fin público de la competencia de la Administración contratante, pues estima tácitamente que no se da el presupuesto de las autorizaciones o concesiones demaniales, es decir el fin no es privativo del sujeto que obtiene el título habilitante de explotación de los espacios, sino que está destinado a los miembros de la comunidad universitaria que utiliza el servicio principal a que está afecto el edificio. Por tanto, existirá beneficio de la Administración que va a obtener una rentabilidad económica a través del canon, así como un interés público en ofrecer un mejor servicio a la comunidad universitaria que utilizará dichas máquinas

expendedoras en los edificios en los que se sitúen dentro del campus universitario, siendo evidente que reporta mayor comodidad para aquella, por lo que concurre tanto el interés privado como el público.

El Considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE, pone el énfasis en la iniciativa, es decir, en la autorización, de forma que si esta iniciativa parte del operador económico no sería contractual dicha autorización. Por el contrario, cuando la iniciativa es del poder adjudicador sí sería contractual. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 317/2021, de 8 de marzo, indica que “los contratos de alquiler de local para realizar los servicios o actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento”, pues la arrendadora se reservaba facultades como la de determinar los productos, fijar los precios máximos, intervenir en la decoración de los locales, fijar los servicios mínimos para el caso de huelga, etc., como ocurre en este supuesto cuando condiciona el precio de los mismos en la presentación de la oferta.

En el supuesto examinado, conforme a lo establecido en la cláusula 2 del PPT la calificación del contrato como administrativo no ofrece duda alguna pues el fin público perseguido, esto es, la asistencia a la comunidad universitaria que confluya a ambos campus, se incluiría como causa del contrato. En el caso de la instalación de máquinas expendedoras en edificios públicos, podría entenderse que la Universidad no vendría obligada a su instalación, si bien desconocemos si con ello sustituye un servicio de bar inexistente y necesario por el tipo de prestación a que está afecto el edificio, como es un campus universitario, donde los usuarios (estudiantes y miembros de la comunidad universitaria) permanecen durante un tiempo prolongado al día. Solo en el caso en que existiere un servicio de bar dimensionado para dar servicio a toda la comunidad universitaria, la instalación de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos, se podría entender complementaria pero no necesaria, de tal forma que se podría calificar la relación jurídica como una concesión demanial. Al respecto, en la explotación de las máquinas lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato administrativo, aun cuando el mismo comprenda implícitamente la ocupación de un espacio físico dentro del recinto universitario.

En este sentido, téngase en cuenta, a sensu contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 306/2022, de 15 de junio de 2022, en relación con la realización del mercadillo navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza. En el referido pronunciamiento no se compartía el criterio del juez de instancia que consideraba que se trata de un contrato de concesión de servicios, pues señalaba en ese caso que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una "Muestra de Navidad".

En cuanto al servicio público que se presta con las máquinas en el supuesto objeto de recurso, el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero entre los requisitos generales de las Universidades establece lo siguiente: “6. Las Universidades deberán disponer de espacios y equipamiento suficientes para aulas, laboratorios, seminarios, bibliotecas,

salón de actos y demás servicios comunes, así como las instalaciones adecuadas para el personal docente e investigador, de gestión y servicios, y alumnado”.

Por otro lado, el artículo 53.3, entre los derechos de los estudiantes figura: “f) Disponer de instalaciones y recursos adecuados que permitan el correcto desarrollo de los derechos y libertades de representación, asociación y reunión. Se protegerá el ejercicio de estos derechos de manera que puedan complementarse con las labores académicas de los estudiantes”.

En este sentido, la finalidad de dar servicio a los usuarios son claros e inequívocos indicios de la naturaleza administrativa del contrato que se examina.

Establecida la naturaleza contractual de la actividad de explotación de los espacios para las máquinas de “vending”, expendedoras de alimentos y bebidas, procede determinar su régimen, pues decantándonos por su naturaleza de contrato típico (dado lo excepcional del contrato administrativo especial), deberemos examinar si se trata de un contrato de servicios o de concesión de servicios. En tal sentido, la jurisprudencia europea 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 de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. 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. Resoluciones 276/2018, de 4 de octubre, 85/2017, de 18 de febrero y 41/2016, de 18 de febrero, entre otras) ha recalificado contratos analizando la distinción entre un contrato de servicios y una concesión de servicios.

Al respecto, el artículo 5 de la Directiva de concesiones -y con una redacción prácticamente idéntica los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP-, dispone que “La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. 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”.

Este Tribunal señaló en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP- 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, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), 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 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 de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Por lo tanto, hay que tener en cuenta cuál es la causa o finalidad perseguida por el poder adjudicador, pero también el régimen específico al que se somete el reparto de derechos y obligaciones entre las partes involucradas. Así, deben analizarse 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. En este sentido, 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» a la entidad adjudicataria; es decir, si la empresa contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.

Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato. Al respecto, en la cláusula 37ª del PCAP, relativa al “abono del canon del contrato”, se señala que “el canon resultante de la adjudicación del contrato será abonado por la empresa adjudicataria conforme a lo previsto en el Cuadro Resumen del Contrato”.

La cláusula 34ª del PCAP regula las obligaciones de la empresa contratista para la prestación del servicio, donde ésta asume gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 197 de la LCSP. No obstante, la entidad 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 del órgano de contratación.

Asimismo, 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 demandar o no los servicios de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas. Así las cosas, en el presente supuesto puede considerarse que sí existe riesgo de demanda, dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten dichos servicios en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas.

En efecto, los usuarios y el personal de ambos campus no está obligado a utilizar los servicios de dichas máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, por lo que la cifra de potenciales clientes es incierta, no están garantizados los previsibles ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas de tal

forma que no lleguen a garantizar la inversión que es preciso realizar y la entidad contratista está obligada a la prestación del servicio aun cuando no le resulte rentable, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista.

En definitiva, de todo lo dispuesto en los pliegos ha de concluirse que la entidad contratista explotará 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 efecto, el órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista 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 inversión y de explotación son superiores a los estimados.

En este sentido, se ha pronunciado el citado Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su conclusión segunda ha establecido que «El régimen jurídico de los contratos administrativos relativos a bares o cafeterías en edificios o instalaciones públicas ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y en el nacional. En la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.».

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 para la explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas como de concesión de servicios. En este mismo sentido, se han pronunciado otros órganos de revisión de decisiones en materia contractual, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Resolución 103/2017, de 20 de septiembre.

Si bien el artículo 44.1.c) de la LCSP, tendrán la consideración de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, y si bien en la licitación impugnada, el PCAP en el cuadro resumen establece en su apartado 2 que el valor estimado es de 495.867,75 euros (IVA excluido) por debajo del umbral que da acceso al recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de concesión de servicios (superior a tres millones de euros) no procedería el recurso especial.

No obstante, dado que los pliegos han quedado consentidos, y con ello, la naturaleza dada entre las partes, no procede declarar la inadmisión del recurso por no estar dentro de su ámbito objetivo, de conformidad con el artículo 139.1 LCSP”.

En el presente supuesto, al igual que ocurría en el anterior, en el caso analizado no concurre causa de inadmisión como consecuencia de no ser el contrato impugnado susceptible de recurso especial, dado que los pliegos han quedado consentidos, por lo que no procede ya su recalificación.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el escrito de impugnación se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y d) de la LCSP.

CUARTO. Legitimación.

Se ha de examinar si la entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, no obstante, la misma fue excluida como consecuencia de la Resolución 414/2023, de 13 de septiembre de este Tribunal.

En efecto en dicha resolución 414/2023, que ponía fin al recurso 354/2023, se estimaba el recurso y se procedía a la anulación del acto impugnado, la resolución del órgano de contratación de adjudicación, con retroacción de las actuaciones a fin de que se procediera a la exclusión de la oferta presentada por la entidad entonces adjudicataria, continuando el procedimiento hasta la adjudicación en su caso.

La resolución suponía que la exclusión era definitiva en vía administrativa, de tal modo que la legitimación sobre el fondo del recurso, es decir, cuestionar la exclusión ya acordada, supone la revisión que previamente ha acordado ya este Tribunal.

El artículo 59 de la LCSP, señala sobre los efectos de la resolución del recurso especial que:

- “1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.*
- 3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.*

Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso”.

Para poder tener legitimación en cuanto a la adjudicación es necesario tenerla respecto a la exclusión acordada, no siendo posible interponer un recurso especial contra la decisión sobre el fondo adoptada por este Tribunal ante el mismo.

Nada ha impedido, a la actual recurrente, recurrirla ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, siendo precisamente esa vía la única manera de revisar la decisión de este Tribunal sobre el fondo de las cuestiones controvertidas, y en concreto su exclusión. Siendo definitiva la exclusión en vía administrativa, en tanto en cuanto no sea revocada la resolución de este Tribunal no puede reconocérsele a la entidad recurrente legitimación sobre la nueva adjudicación.

A mayor abundamiento, si pudiera enjuiciarse de nuevo la adecuación a derecho del acto de exclusión con motivo de la adjudicación del contrato, se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió el recurso anterior, resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP al proclamar que:

«1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito.

(...).».

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución de este Tribunal, en cuanto ha resuelto un recurso previo por los mismos motivos que los alegados en el ahora analizado, produce efectos en este nuevo procedimiento y es irrevocable en vía administrativa, lo cual impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas en aquélla.

En el supuesto analizado, resulta de plena aplicación la doctrina expuesta. La recurrente decidió emprender la vía del recurso especial contra su exclusión como acto de trámite cualificado al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP (recurso 354/2023), por lo que no puede reiterar su impugnación en otra reclamación posterior contra la adjudicación (recurso 503/2023) pues, bajo la apariencia formal de estar combatiendo actos diferentes, sustantivamente está impugnando el mismo acto que ya fue recurrido.

Como señala la citada Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado, las dos posibilidades de recurso frente a los actos de exclusión de las entidades licitadoras o de sus ofertas -contra el acto de trámite cualificado y contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión- no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario. Por tanto, elegida la primera vía, no es posible recurrir posteriormente la adjudicación para volver a discutir la exclusión de su oferta, como acontece en el caso examinado.

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, si pudiera enjuiciarse de nuevo la exclusión, por existir contaminación en los sobres, se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió dicho recurso, resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP.

Por tanto, excluida la oferta de la recurrente de la licitación por el órgano de contratación y confirmada la misma por este Tribunal, la exclusión es definitiva, y consentida por la recurrente, no solo en vía administrativa sino también- al menos con los datos de que dispone este Tribunal- en vía jurisdiccional.

Por lo que queda fuera de la licitación sin posibilidad de resultar adjudicataria salvo que se adoptase una medida cautelar en el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Además, de los términos de su recurso, se infiere que, en el presente recurso, lo que combate en el fondo es el contenido de nuestra Resolución 414/2023, que anuló la adjudicación, y ordenó la retroacción de actuaciones, y de la que dimana la resolución de exclusión y de adjudicación ahora impugnadas.

Pues bien, lo que este Tribunal advierte es que si la entidad recurrente no estaba conforme con nuestro pronunciamiento recaído en el RCT 354/2023 (Resolución 414/2023) -tal y como se desprende del suplico del presente recurso- debió impugnar aquella en vía jurisdiccional, por lo que no puede, con ocasión de la adjudicación, y siendo un tercero totalmente ajeno al procedimiento, por ser definitiva en vía de recurso especial su exclusión, instar, a través de esta vía, la revisión de una Resolución que, en su caso, debió haber impugnado ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

En definitiva, este Tribunal considera que la hipótesis argumentada desborda el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...).”*

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 360/2020, de 29 de octubre y 296/2021, de 29 de julio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso.

En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus

pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto, en el que la exclusión de la recurrente ha devenido firme al no haberse recurrido.

En resoluciones del Tribunal (v.g. 562 y 563, ambas de 2021 o las Resoluciones 105 y 226, y 367 todas de 2022) hemos concluido que, siendo la recurrente una licitadora excluida mediante resolución definitiva en vía administrativa, no cuenta con legitimación para la interposición de un recurso contra la posterior adjudicación. Al efecto, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase.

De tal manera que, si la entidad recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión de este por falta de legitimación. En tal sentido se viene pronunciando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en reiteradas Resoluciones entre la que cabe señalar la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, en la que el citado Tribunal se pronuncia en un caso similar al que ahora nos ocupa en los siguientes términos: *«Constituye doctrina de este Tribunal, recientemente reflejada en la Resolución nº 1239/2019, que carece de legitimación para impugnar exclusivamente la adjudicación quien no puede ser en ningún caso adjudicataria del contrato por haber sido excluida. Y ello porque carece de interés legítimo. (...) Además de la consideración y regla general expuesta se hace preciso analizar si efectivamente, la eventual estimación del presente recurso reportaría a SLI alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta, y que por tal razón le confiriera encontrarse legitimado para recurrir. Y es en este punto donde debemos llegar a la conclusión de que la resolución de este recurso, en caso de ser estimatoria, nunca le podría reportar un beneficio cierto a la recurrente, pues ninguna ventaja patrimonial o de otro tipo le correspondería, ya que la anulación del acuerdo de adjudicación en favor de INDRA, unido a la exclusión ya acordada de las otras dos licitadoras que resultaron invitadas, determinaría que el procedimiento de adjudicación se declarase desierto, y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora. Y a tal respecto, dado que la legislación de contratos estatal no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, ni siquiera a convocarlo, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, la recurrente no obtendría por la declaración de quedar desierto el presente procedimiento de adjudicación, un derecho a que se convocase otro procedimiento en términos iguales al declarado desierto. Por ello, de la anulación de la resolución recurrida el recurrente no obtendría una ventaja adicional a la de cualquier otro ciudadano interesado en concurrir a una eventual licitación, lo que no representa un interés más intenso que el que se derivaría de una acción pública, que como hemos afirmado anteriormente no se reconoce en materia de contratación.»* En consecuencia, aplicando la doctrina expuesta al supuesto examinado, se aprecia la causa de inadmisión del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, lo que impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso en los términos analizados debe ser inadmitido.

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 **CASERVEN VENDING, S.L.U.**, contra la resolución de exclusión del órgano de contratación, de 26 de septiembre de 2023, y contra la resolución de adjudicación de fecha de 16 de octubre de 2023 del contrato denominado “Contrato administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios”, (expediente número 2023/04), convocado por la Universidad de Jaén, por los motivos expuestos en el fundamento de derecho cuarto .

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas 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.