

Recurso 107/2017**Resolución 110/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de mayo de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.** (en adelante ASISTTEL) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público mediante concesión de las Escuelas Infantiles del Convenio del Ayuntamiento de Guillena” (Expte. 45/2017), convocado por el citado Ayuntamiento de Guillena (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 5 de abril de 2017, se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Guillena el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el 29 de abril de 2017, el citado anuncio fue publicado Boletín Oficial de la provincia de Sevilla núm. 97.



El valor estimado de contrato asciende a la cantidad de 3.619.862,40 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), 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.

TERCERO. El 15 de mayo de 2017, ASISTTEL presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento.

Posteriormente, con fecha 18 de mayo de 2017, tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito del Ayuntamiento de Guillena remitiendo copia del recurso presentado junto con la documentación integrante del expediente de contratación y el informe al mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Respecto a la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local, el artículo 41.4 del TRLCSP en lo referente a los recursos de las Corporaciones Locales, remite a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia.

En lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de dicha disposición estatal, hay que estar a lo dispuesto 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,



concretamente a su artículo 10, el cual no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquéllas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Guillena (Sevilla) ha remitido escrito a este Tribunal en el que comunica que no dispone de órgano especializado para la resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en su ámbito, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que no consta, según la documentación que obra en el expediente de contratación, que la misma haya presentado oferta en el procedimiento de licitación.

Al respecto, el artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 4, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

*“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
(...)”*



c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (427/2015, de 17 de diciembre, 7/2016, de 20 de enero y 77/2016, de 21 de abril, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, 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.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado restringe sus posibilidades de acceder a la licitación o de concurrir en igualdad de condiciones. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se interpone frente a los pliegos de una contratación que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concesión. La recurrente no discute la calificación jurídica del contrato dando por sentado que el mismo está sujeto al recurso especial. En cambio, en el informe al recurso el órgano de contratación sostiene que el contrato no es susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos



establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP, ni tampoco por aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2014/23/UE, al ser el valor estimado inferior al umbral allí establecido.

Al respecto, como ya ha señalado este Tribunal en alguna de sus resoluciones, por todas la Resolución 249/2016, de 14 de octubre, o la más reciente 84/2017, de 2 de mayo, debe recordarse que la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tras el vencimiento del plazo de su transposición, desplaza el régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, que no estaba sujeto a regulación armonizada, sustituyéndose, en este caso, por el contrato de concesión de servicios. De este modo, el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de concesión ha de realizarse a la luz de la citada Directiva, de manera que estaremos ante una concesión de servicios si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio público en el sentido que define el artículo 5 de la Directiva.

La definición de «riesgo operacional» contenida en el artículo 5 determinará que un contrato deba calificarse como concesión o como servicio en función de que dicho riesgo se haya transferido o no al contratista, señalando que *“(…) 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”*.

Asimismo, debe indicarse que el riesgo operacional transferido al contratista, como elemento distintivo de los contratos de concesión de obras o de servicios,



es un concepto que define la Directiva de concesiones, pero que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). 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 del servicio (v.g. Sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater).

Apuntado lo anterior, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones fijadas en el contrato examinado, a fin de determinar si el contrato al que se refiere el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede.

Como ya se ha indicado, el objeto del contrato es la concesión del servicio público de Escuelas Infantiles de Convenio del Ayuntamiento de Guillena, con un plazo de duración inicial de dos años, con posibilidad de prórroga anual, sin que la duración total pueda exceder de cuatro años.

Respecto a la forma de financiación, establece la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas (PCAP) que *“El concesionario asumirá la financiación de la explotación, de manera que todos los gastos que se originen como consecuencia de la misma serán de su exclusiva cuenta.*

El Ayuntamiento de Guillena no avalará ninguna operación financiera ni participará, de ninguna forma, en la financiación de la explotación ni asegurará al concesionario una recaudación o rendimiento mínimo ni tampoco tendrá obligación de otorgar subvención de ninguna clase para la gestión del servicio.

Todos los gastos de formalización de la concesión serán de cuenta de la empresa concesionaria”.

En este mismo sentido, conforme a lo dispuesto en la cláusula 7 del PCAP, “Contraprestación del concesionario”, el concesionario *“percibirá de los usuarios los precios públicos previstos para las Escuelas Infantiles por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 149/2009 de 12 de mayo, los centros educativos recibirán de la*



Administración educativa las cantidades que dejen de abonar las familias sobre los precios de los servicios que disfruten, como consecuencia de la gratuidad y de las bonificaciones a que hace referencia el artículo 33 del citado Decreto.

En ningún caso la entidad adjudicataria podrá exigir al Ayuntamiento que se haga cargo de las cuotas impagadas.”

Por otra parte, establece la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas, “Relación entre el Ayuntamiento y el concesionario durante la vigencia de la concesión”, que:

“El Ayuntamiento de Guillena es titular del servicio de Escuelas Infantiles de Convenio de Guillena que presta de forma indirecta, ostentado este servicio la calificación de servicio público del Ayuntamiento. En todo caso, el Ayuntamiento conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio, a cuyo efecto podrá controlar su gestión e inspeccionar el servicio en todo momento.

El concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión, desarrollará la actividad en que el servicio consiste, al serle transferida una esfera de actuación originariamente administrativa, por lo que aparece investido para la gestión del servicio que se le otorga.

Derechos del concesionario:

- Percibir el importe del precio público y demás prestaciones económicas previstas en este pliego.*
- Utilizar los bienes cedidos para la prestación del servicio.*

Obligaciones del concesionario:

Además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato, son obligaciones específicas de la empresa concesionaria las siguientes:

- Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica que corresponda.*



- Dotar al centro del material educativo y lúdico necesario para su funcionamiento. Una vez finalizado el período de concesión dicho material será propiedad del Ayuntamiento.

- El adjudicatario elaborará toda la documentación referida a memorias, liquidaciones, planes educativos, de autoprotección y evacuación, etc, que le sean requeridas por las administraciones para la puesta en marcha y funcionamiento habitual del servicio. En concreto, las obligaciones de gestión recogidas en los Convenios suscritos entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Guillena para la financiación de los puestos escolares de las Escuelas Infantiles.

(...)

- La prestación será a riesgo y ventura del concesionario, el cual vendrá obligado a conservar las construcciones e instalaciones en perfecto estado de seguridad, salubridad y ornato público. El concesionario no tendrá derecho a indemnización por causa de averías, pérdidas o perjuicios ocasionados en la explotación del servicio. Tampoco tendrá derecho a indemnización alguna por extinción de la concesión al cumplirse el plazo de vigencia de la misma o de cualquiera de sus prórrogas si las hubiere.

- Durante el período de duración de la concesión correrán a cargo del concesionario todas las reparaciones, tanto de obras como de instalación y mantenimiento ordinario del edificio, así como los gastos de teléfono e Internet, agua , energía eléctrica, combustible, calefacción.

- El concesionario asumirá la plena responsabilidad del buen fin de la prestación del servicio, siendo el único responsable, tanto frente al Ayuntamiento como frente a terceros, de los daños, perjuicios y accidentes que pudieran ocasionarse durante la explotación del servicio de guardería mientras dure la concesión.

- Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración. De esta forma y con carácter previo al inicio de la actividad objeto de este concurso, el concesionario suscribirá una póliza de seguro que cubra los bienes, instalaciones, obras y aparatos de cualquier naturaleza así como otra de responsabilidad civil y de accidentes, que le cubra en caso de accidente resultante de su propia gestión y cualquiera de sus actividades, por un importe mínimo de 300.000 euros cada una.(...)”



En este caso, la empresa que resulte adjudicataria del contrato percibirá por parte de los usuarios del servicio las tarifas fijadas, sin que el Ayuntamiento abone ninguna cantidad, ni se haga cargo de las cuotas impagadas, apareciendo además las plazas ya determinadas en la definición del objeto del contrato. Únicamente se prevé que la adjudicataria perciba, por parte de la Administración educativa, las cantidades que corresponde abonar como consecuencia de la gratuidad y de las bonificaciones a que se refiere el artículo 33 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil.

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. En este caso, el Ayuntamiento no aporta ninguna cantidad al concesionario por lo que el contrato no solo no le genera ningún coste, sino que además supone un ingreso para el mismo a través del pago del canon a que se obliga el adjudicatario. Existe, además, una previsión expresa en los pliegos sobre la resolución del contrato, abono de los daños y perjuicios causados a la Administración y penalidades en función del grado de cumplimiento de la prestación objeto del contrato.

Por otro lado, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda 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, 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 del TJUE, 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 TJUE dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Por tanto, aun cuando 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 presente supuesto podríamos considerar que sí existe riesgo de demanda. Al respecto, como ya hemos señalado, el contratista 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 o se haga cargo de las cuotas impagadas, no estando garantizada la probabilidad de que la totalidad de las plazas ofertadas se cubran. Ello significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

Asimismo, de todo lo dispuesto en los pliegos se desprende también que el adjudicatario deberá explotar 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, a quienes indemnizará de los perjuicios causados.

En definitiva, pues, el Ayuntamiento de Guillena transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el adjudicatario 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 explotación son superiores a los estimados.

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 concesión de servicios. No obstante, en aplicación del artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE, tendrán la consideración de contratos de concesión de servicios sujetos a regulación armonizada aquellos que igualen o superen los 5.225.000 euros de valor estimado, siendo que las concesiones que se sitúen por debajo del umbral señalado, no están sujetas al recurso especial.

En consecuencia, dado que en la licitación impugnada ese valor estimado se cifra en 3.619.862,40 euros, por debajo del umbral que da acceso al recurso especial en materia de contratación, procede declarar la inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1 3º del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del presente recurso de conformidad con el artículo 23 del citado Real Decreto.

La concurrencia de la causa expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso, e impide entrar a conocer los motivos en que el mismo se sustenta.

CUARTO. Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 40.5 del TRLCSP dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la*



Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

En este sentido, la referencia efectuada a la Ley 30/1992 hay que entenderla realizada a la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la citada Ley 39/2015, según el cual *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Por lo tanto, no procediendo la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acto impugnado, se pone en conocimiento del órgano de contratación dicha circunstancia, al objeto de que se tramite, en su caso, como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la citada Ley 39/2015, no procediendo remitir el escrito de recurso al órgano de contratación, por cuanto el original obra en poder de éste.

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 **ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.** (en adelante ASISTTEL) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Gestión del servicio público mediante concesión de las Escuelas Infantiles del Convenio del Ayuntamiento de Guillena” (Expte. 45/2017), convocado por el citado Ayuntamiento de Guillena (Sevilla), 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 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.

