



Recurso nº 172/2011

Resolución nº 203/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Dña. A.I.M.R en representación de la ASOCIACIÓN AMARILLO 10 contra el anuncio de licitación, el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas administrativas particulares que deben regir la contratación de la explotación del servicio de actividades juveniles para el Centro Deportivo y Sociocultural Militar del Ejército de Tierra (C.D.S.C.M.) La Dehesa de Madrid, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Sección de Asuntos Económicos de la Dirección de Asistencia al Personal del Ejército de Tierra, con fecha 8 de julio de 2011, cursó invitación a nueve empresas, entre los que se encontraba la recurrente, para que presentaran sus ofertas respecto del servicio de actividades juveniles para el C.D.S.C.M. La Dehesa de Madrid, utilizando como procedimiento de adjudicación el negociado sin publicidad, en aplicación del artículo 159 de la Ley de Contratos del sector Público.

Segundo. Cumplida la fecha límite de presentación de las ofertas, el 20 de julio de 2011, se recibieron ofertas de tres empresas. Posteriormente, con fecha 29 de julio de 2011, se acuerda la exclusión de dos empresas, BUNGARUS, SL y ASOCIACIÓN AMARILLO 10, por no presentar en periodo de subsanación la documentación requerida.

Tercero. Con fecha 29 de julio de 2011, la representación de ASOCIACIÓN AMARILLO 10 interpuso recurso ante este Tribunal solicitando la modificación de los pliegos.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas que habían participado en la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho convengan.

La empresa BUNGARUS, SL, haciendo uso de su derecho, manifiesta en su escrito de alegaciones su conformidad con el recurso interpuesto por ASOCIACIÓN AMARILLO 10.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La primera cuestión a debatir por el Tribunal antes de pasar al examen del fondo de la cuestión planteada, si fuera procedente, es la relativa a su competencia para resolverlo.

El órgano de contratación, en el informe que remite junto con el expediente de contratación mantiene que el contrato cuyo anuncio y pliegos se recurren tiene la calificación de contrato administrativo especial. En consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma que los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación referidos a él no son susceptibles de recurso en esta vía. Ello comporta, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Las anteriores manifestaciones deben ser objeto de análisis detenido. En primer lugar, es preciso anotar que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 2) como contrato administrativo especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sin embargo, la previa calificación en el pliego de este contrato como administrativo especial no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en

materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace el pliego, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que *“La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”*. Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional o a lo recogido en el propio pliego. Al respecto, el artículo 5 de la Ley citada dispone: *“1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. 2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación”*.

Por tanto para poder decidir acerca de si estamos ante alguno de los contratos típicos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público debemos acudir en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva.

Segundo. Sentado lo anterior, debemos entrar en el análisis de si las características que configuran la prestación del contrato objeto del presente recurso permiten mantener la calificación atribuida por el pliego o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una primera aproximación nos dice que el contrato puede guardar similitud con dos de los tipos que regula la Ley mencionada, el de gestión de servicios públicos y el de servicios.

El primero de ellos se define en el artículo 8 como *“aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante”*.

Prescindiendo de la mención que de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se hace en el artículo en cuestión, el núcleo de la definición gira en torno a los conceptos de encomienda y gestión de servicio público. Es decir hay contrato de gestión de servicios públicos allí donde existe un servicio público respecto del cual las potestades de gestión y explotación de la Administración titular se ceden a otra persona, física o jurídica.

Este contrato admite diversas modalidades, contempladas en el artículo 253 de la Ley: *“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*.

Esta enumeración difiere en lo que afecta a la modalidad de concesión, de la contenida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 1, en su apartado 4 la define como *“un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”*.

Sin embargo, después veremos que los términos de una y otra, en definitiva, son coincidentes, pues tanto vale hablar de “encomienda de la gestión de un servicio público”, como de cesión del derecho a explotar el servicio.

Por otra parte, el artículo 10 de la Ley considera que *“Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”*.

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato de servicios se delimita sobre la base de lo que no es, si bien haciendo referencia a que el contenido de la prestación debe consistir en todo caso en una obligación de hacer. El elemento caracterizador de la definición, sin embargo, hay que encontrarlo en la referencia que hace el segundo inciso a las categorías recogidas en el Anexo II de la Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ya hemos visto que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional –que es la aplicable al expediente de referencia, toda vez que ninguna de las otras tres encaja en el caso presente–, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia, inicial, con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Así, mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

De acuerdo con lo anterior, y puesto que el contrato objeto de recurso, si bien se encuentra incluido en la categoría 26 del Anexo II de la ley de Contratos del Sector público, no supone coste para la Administración dado que la compensación que recibirá la empresa adjudicataria por la prestación de la actividad contratada será abonada directamente por los usuarios, y en consecuencia no se establece la retribución a percibir por el empresario adjudicatario, en este punto puede ser descartada su consideración como contrato de servicios a los efectos de la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Tercero. La cuestión a plantear ahora es si podemos estar ante un contrato de gestión de servicios públicos, el cual como se ha señalado se caracteriza porque la atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

Este criterio de asunción del riesgo, que permite diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos y el de servicios, ha sido puesto de manifiesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64/09, en el primero de los cuales se dice: *“Para responder a esta cuestión debe sentarse el principio de que de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del Servicio Público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura.*

Esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. En ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario.

Claro está que siendo así las cosas, nada puede obstar a que la retribución al concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.

A este respecto conviene mencionar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05, a que alude la consulta, dice expresamente que "...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata...", sin que, como vemos, haga manifestación alguna respecto de quién debe abonar la contraprestación. Abunda en esta idea el hecho de que la propia sentencia niega que el contratista haya asumido el riesgo derivado de la explotación del negocio en función de las características de los pagos asumidos por la Administración, al decir que "está acreditado que, en virtud de los convenios controvertidos, el Comisario delegado se compromete, por un lado, a que todos los municipios afectados transfieran la totalidad de su fracción residual de residuos al operador y, por otro lado, a que le sea transferida a este último una cantidad anual mínima de residuos. Además, los citados convenios prevén la adaptación del importe del canon en el supuesto de que la cantidad anual efectiva de residuos transferida sea inferior al 95% o superior al 115% de dicha cantidad máxima garantizada, y ello con el fin de garantizar el equilibrio financiero y económico del operador. Tales convenios prevén asimismo que el importe del canon será objeto de una revalorización anual que estará en función de la evolución de los costes relativos al personal, a las materias consumibles y a los trabajos de mantenimiento, así como de un índice financiero. Estos mismos convenios establecen además una renegociación del canon cuando el operador tenga que hacer frente, para adecuarse a una modificación del marco normativo, a inversiones que superen un determinado nivel".

En definitiva, así pues, lo que determina que en la indicada Sentencia se niegue a los convenios objeto de la misma la naturaleza jurídica de concesiones administrativas no es el hecho de que el canon sea satisfecho por la Administración concedente, sino el de que su importe no se vincule con el riesgo de explotación del servicio".

Es por tanto, la asunción de riesgo por parte del concesionario lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios.

Cuarto. Sentado lo anterior, procede examinar la configuración que de la contraprestación a percibir por el adjudicatario se hace en los pliegos con objeto de

aclarar si puede ser considerada como caracterizadora de una concesión de servicio público.

Para ello, la única cuestión a debatir es la de si tal contraprestación comporta o no la asunción del riesgo de la explotación por el concesionario. Así, la cláusula 3 del pliego de condiciones particulares señala que la compensación que recibirá la empresa adjudicataria por los servicios prestados será abonada directamente por los usuarios, previa aprobación de los precios por el órgano de contratación, correspondiendo al Centro tanto el suministro de agua y electricidad, como la aportación del material, utensilios e instalaciones detalladas en el correspondiente inventario. La cláusula 3.2.3 del pliego de prescripciones técnicas, referida a los precios de las actividades, establece que su precio, que se aprobará por el Director del Centro, tiene que cubrir al menos el coste de personal de la actividad y en algún caso también el material que el usuario disfrute.

De lo anterior, y dada la estructura de la contraprestación, resulta evidente el riesgo asumido por el contratista, pues aún cuando el pliego establezca que los precios tienen que cubrir al menos el coste de personal de la actividad, siendo éste el coste principal, lo cierto es que dichos precios sólo pueden establecerse en base a los datos de inscripciones en los ejercicios anteriores, lo cual son meras estimaciones en cuanto a la determinación de los inscritos en el ejercicio que se contrata. Ello significa, que el contratista asume un riesgo en la explotación del servicio, en cuanto que sus ingresos vendrán determinados por el número de personas inscritas que puede ser superior e incluso inferior a los de ejercicios precedentes. En consecuencia el contrato objeto de recurso deberá ser calificado como contrato de concesión de servicios, a los efectos de interponer el correspondiente recurso especial.

No obstante lo anterior, aún cuando resulte procedente calificar al contrato en cuestión como de gestión de servicios públicos, procede la inadmisión del recurso interpuesto pues su duración es inferior a los cinco años que exige, para los actos recurribles, el artículo 310.1.c) de la Ley de Contratos del Sector Público.

Quinto. De cuanto antecede debe concluirse que procede inadmitir el presente escrito de recurso, puesto que de acuerdo con lo establecido en el artículo 310 de la Ley 30/2007,

de 30 de octubre, el recurso se refiere a un contrato que no resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, no siendo por tanto este Tribunal competente para su resolución.

Sexto. Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede remitir el citado escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por todo lo anterior,

Vistos los preceptos legales de aplicación, y que no pueden desconocerse los límites que al recurso mismo impone el Legislador,

Este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por Dña. A.I.M.R en representación de la ASOCIACIÓN AMARILLO 10 contra el anuncio de licitación, el pliego de prescripciones técnicas y el pliego de cláusulas administrativas particulares que deben regir la contratación de la explotación del servicio de actividades juveniles para el C.D.S.C.M. La Dehesa de Madrid, por no ser competente, para su conocimiento y resolución el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f)

y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa