



Recurso nº 230/2013 C.A Valenciana 004/2013
Resolución nº 204/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.T.R. en representación de **SERVICLEOP S.L.**, contra el contenido de los pliegos y proyecto de explotación que regulan la licitación del contrato de la concesión del servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin, el Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Castellón de la Plana convocó, mediante anuncio publicado el día 30 de abril de 2013 en el Boletín Oficial de la Provincia y en el perfil de contratante de dicho Ayuntamiento, licitación para adjudicar un contrato cuyo objeto es la retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin.

El anuncio tipifica el contrato en licitación como de gestión de servicios públicos, establece un plazo de duración de cuatro años más la posibilidad de dos prórrogas anuales, y fija un valor estimado de 650.960 euros.

Segundo. El 15 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro general del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, el escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por **SERVICLEOP S.L** contra el contenido de los pliegos y el proyecto de explotación que regulan la citada licitación. Previamente, el día 9 de mayo de 2013, **SERVICLEOP S.L** presentó en el propio Ayuntamiento un escrito en el que anunciaba la interposición del citado recurso y solicitaba la suspensión del procedimiento como medida cautelar.

Dos son las cuestiones que alega el recurrente en su escrito de impugnación:

- 1- La improcedencia de establecer la no subrogación por parte de la empresa que resulte adjudicataria de los trabajadores que prestan actualmente el servicio, contrariamente a lo que se hizo en la licitación del contrato del año 2009.
- 2- La incorrecta valoración del presupuesto del contrato, que no incluye los servicios ordinarios cuya contraprestación se prevé que perciba el adjudicatario directamente del ciudadano infractor.

Tercero. El 23 de mayo se recibió en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el escrito de recurso junto con el informe del órgano de contratación y la documentación del expediente.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, con fecha 29 de mayo de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a las empresas que habían concurrido a la licitación de referencia, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 29 de mayo de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba conceder la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación solicitada por el recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana y publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido, al tratarse de la actual adjudicataria del servicio que ahora se licita.

También debe afirmarse que lo ha sido dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la publicación del anuncio de licitación y la interposición del recurso más de los de quince días hábiles a que se alude en el artículo 44.2 del mismo texto legal, y que se han cumplido el resto de requisitos formales del citado artículo 44.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por este cauce.

El órgano de contratación, en el informe emitido al amparo del artículo 46.2 TRLCSP, sostiene que el recurso debe ser inadmitido al no tener el contrato a que se contrae cabida en ninguna de las categorías del artículo 40.1 TRLCSP y tal como consta en el apartado 1.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares de la presente licitación, que lo define como un contrato de gestión de servicios públicos según lo previsto en el artículo 8 TRLCSP, no sujeto a regulación armonizada y no susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Pero más allá de lo afirmado por el órgano de contratación o de lo establecido en los pliegos, 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, que en 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 40 TRLCSP, 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.

En este sentido, lo primero que debemos analizar es la naturaleza jurídica del contrato objeto de impugnación para estudiar posteriormente si cumple los requisitos que la Ley

establece para que el tipo de contratos en que deba calificarse pueda ser impugnado mediante recurso especial en materia de contratación.

La cuestión a dilucidar en el caso que nos ocupa es si el contrato en licitación, es decir, el Servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos, está correctamente calificado como contrato de gestión de servicios públicos (“concesión de servicios”) o si, por el contrario, debería ser considerado como un contrato de servicios.

Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en su informe 12/2010, de 23 de julio, al tratar la diferenciación entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos:

“Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley.

Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.”

En resoluciones anteriores este Tribunal ha tomado como referencia el citado informe de la JCCA, por todas la número 80/2013, para señalar que *“Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a*

definirla 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” (art. 1.4).

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

b) 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.

c) 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. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública 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 encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente,

mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“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....”).

Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio este asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio deber ser susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

2. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”.

En el mismo sentido, y en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *“El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la*

entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”.

En el caso que ahora nos ocupa, los pliegos establecen que una parte de la contraprestación del adjudicatario, la correspondiente a los denominados “servicios ordinarios”, los percibirá directamente del ciudadano infractor cuyo vehículo haya sido retirado de la vía pública y trasladado al depósito correspondiente para su custodia, con carácter previo a la recuperación del mismo. El contrato prevé además la realización de determinados servicios extraordinarios, a solicitud del órgano de contratación, así como la colaboración en la “gestión de abandonos” y “gestión sancionador por abandonos”, servicios que serán abonados al adjudicatario directamente por el Ayuntamiento. La parte del contrato correspondiente a los “servicios ordinarios” es cuantitativamente la más relevante del contrato, según se desprende del Proyecto de explotación que acompaña a los pliegos.

Pues bien, teniendo en cuenta que la intervención del adjudicatario únicamente tendrá lugar a petición previa de la policía municipal o del órgano competente que corresponda en cada caso, podría plantearse que la asunción de riesgo por parte de la empresa es mínimo, ya que tiene asegurado el cobro de la cantidad unitaria estipulada por cada uno de los servicios que realice. Si el cálculo inicial de costes está bien realizado por parte de la empresa con carácter previo a configurar su oferta, el riesgo que corre al asumir la prestación del servicio es realmente pequeño, como también lo es la posibilidad de incrementar el beneficio industrial previsto inicialmente, ya que es muy limitada la capacidad de explotación empresarial de la operación. Como se ha dicho, el adjudicatario actuará siempre a petición del órgano de contratación, será retribuido por cada acto que realice en las cuantías unitarias en que finalmente se adjudique el contrato, y por último, según la cláusula 32 del pliego de cláusulas administrativas particulares, *“una vez perfeccionado el contrato, se podrán introducir las modificaciones correspondientes como consecuencia de la disminución y/o incremento en el número de servicios previstos en el mismo en iguales condiciones que los vigentes, debiendo en estos casos el adjudicatario efectuar las compensaciones que procedan a favor o en contra del Ayuntamiento al objeto de mantener en todo momento el equilibrio inicial de la contratación”.*

La sentencia citada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-206/08) aborda la posibilidad de que el riesgo que asuma el adjudicatario sea pequeño, por serlo

también el que tendría la entidad adjudicadora en caso de que prestara directamente el servicio. Y lo explica con el siguiente razonamiento:

“Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.

Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia.

Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.

Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.

En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

A tal fin no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».

Aplicando la línea argumental del Tribunal europeo al caso que nos ocupa, entiende el Tribunal que puede considerarse limitado el riesgo que asumirá la empresa al hacerse cargo de la adjudicación del presente contrato, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio; por lo que es correcta la tipificación del contrato como de gestión o de concesión de servicio público.

Cuarto. Sentado lo anterior, procede analizar si se cumplen las condiciones para que el contrato en licitación, que hemos aceptado calificarlo como de gestión de servicio público, sea recurrible por vía de recurso especial en materia de contratación.

El artículo 40.1.c) TRLCSP establece los requisitos para que los contratos de gestión de servicios públicos puedan ser impugnados mediante recurso especial en materia de contratación; su dicción es la que sigue:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...)

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

En nuestra Resolución 43/2013 aprobada el 23 de enero del presente año, ya se exponía que *“...la exigencia de ambos requisitos es, como evidencia el uso de la conjunción copulativa “y”, necesariamente cumulativa. Es decir, para que sea admisible el recurso especial en materia de contratación en relación con un contrato de gestión de servicios públicos es necesario, inexcusablemente, que su “plazo de duración” sea “superior a cinco años” y, a la par, que “el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”.*

En el presente caso, el órgano de contratación expone en su informe que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, IVA excluido, es inferior a 500.000 euros, tal como se desprende del desglose de costes e ingresos contenido en el proyecto de explotación del servicio que acompaña a los pliegos. Admite que el contrato que se licita cumple la otra condición del artículo 40.1.c) TRLCSP, es decir, la duración superior a cinco años, pero mantiene que, al faltar uno de los requisitos que la Ley exige, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, ni, por tanto, compete a este Tribunal la resolución de la impugnación presentada.

El análisis de costes contenido en el proyecto de explotación del servicio, no permite conocer cuál es el “presupuesto de gastos de primer establecimiento”, entendiéndose por tales aquellos a los que tendrá que hacer frente el adjudicatario con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio.

De los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas cabe deducir que el adjudicatario deberá contar con tres vehículos-grúa dedicados durante 24 horas de lunes a viernes al servicio que se licita, dos el sábado por la mañana y uno el resto del fin de semana. Además, tiene que asumir el coste de acondicionamiento que resulte necesario para mantener en buenas condiciones de uso el depósito de vehículos municipal, así como una serie de dotaciones informáticas y de comunicaciones.

Los cálculos efectuados por el órgano de contratación para analizar la viabilidad económico-financiera que se expone en el proyecto de explotación, distribuye lo que

denomina “Gastos de primera instalación” entre los 6 años de duración máxima del contrato. Dentro de este epígrafe incluye la “Adecuación de instalaciones obra civil”, “Sistema de seguridad: alarmas, cámaras”, “Servicios informáticos”, “Señalización” y “Material informático”, y el importe por él calculado asciende para el conjunto de estos epígrafes a un total de 76.554 euros (12.759 euros anuales, según la imputación que hace el Ayuntamiento).

Dicha cantidad no incluye el coste de los vehículos que, en opinión de este Tribunal, debería tomarse en consideración para evaluar los gastos de primer establecimiento, toda vez que los tres vehículos requeridos en los pliegos deberán ponerse a plena disposición del Servicio en licitación, por lo que su precio de adquisición (o el coste de destinarlos a esta finalidad desde otros usos previos) debería imputarse como un gasto de primer establecimiento.

Este Tribunal desconoce el precio de un vehículo de tales características y en el cuadro de viabilidad económico-financiera únicamente figura el importe de la amortización anual que ha imputado el órgano de contratación (18.750 euros por los tres vehículos), sin que haya información sobre el período de amortización considerado. Los pliegos sí que prevén que el Ayuntamiento pueda hacerse cargo, mediante la correspondiente reversión, de los vehículos grúa del adjudicatario, corriendo el futuro adjudicatario con los costes que corresponda hasta el final de su amortización.

Con los datos disponibles, no puede el Tribunal conocer con exactitud la estimación del presupuesto de gastos de primer establecimiento que sin duda deberá acometer el licitador que resulte adjudicatario. Ello no obstante, partiendo de las cifras que obran en el expediente, cabe entender que, efectuados los ajustes necesarios, el importe de los gastos de primer establecimiento sería en todo caso inferior a los 500.000 euros previstos en el artículo 40.1.c) TRLCSP, por lo que la licitación en cuestión no sería impugnabile a través de recurso especial en materia de contratación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. M.T.R. en representación de SERVICLEOP S.L, contra el contenido de los pliegos y proyecto de explotación que regulan la licitación del contrato de la concesión del servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin, por no ser susceptible de impugnación por esta vía.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del TRLCSP.

Tercero. 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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de