



Recursos nº 1012/2017 C.A. Galicia 122/2017

Resolución nº 1157/2017

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

En Madrid a 1 de diciembre de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J. F. T. C., en nombre y representación de TRONCOSO CASARES, S.L., contra el pliego de prescripciones técnicas regulador del procedimiento de licitación para la contratación de la *“Prestación del servicio de Centro de Día para personas mayores dependientes del Ayuntamiento de Ourense”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Ourense ha tramitado el procedimiento para la licitación de la prestación del servicio de Centro de Día para personas mayores dependientes.

El valor estimado del contrato es de 680.769,24 €, IVA excluido.

Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Boletín Oficial de la Provincia y en el Diario Oficial de Galicia en fecha 27 de abril de 2017; y en el perfil del contratante en fecha 24 de abril de 2017.

Segundo. La licitación se rige por lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Tercero. El recurrente ha impugnado el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) porque, a su juicio, la cláusula tercera vulnera el principio de igualdad de acceso a la contratación, así como el principio de concurrencia y de libre competencia.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Quinto. Por la Secretaría de este Tribunal se dio plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, habiéndolo verificado así ASOCIACIÓN AIXIÑA, el día 25 de octubre de 2017, solicitando la desestimación del recurso.

Sexto. No se han solicitado por el licitador medidas provisionales con ocasión de la interposición del presente recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 y 4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En cuanto a la legitimación, el recurrente no ha llegado a licitar en el procedimiento de contratación regido por el Pliego que impugna, pues como consta en el expediente remitido a este Tribunal, no ha presentado oferta. Ahora bien, esta circunstancia no es óbice para aceptar la legitimación de TRONCOSO CASARES, S.L., pues atendiendo al objeto del contrato en relación con el propio objeto social de la mercantil recurrente, se constata que se trata de un potencial licitador (como así manifiesta expresamente) y por tanto que tiene un interés legítimo suficiente, digno de protección, que le habilita para impugnar el Pliego de Prescripciones Técnicas, ex art. 42 del TRLCSP.



Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP y del artículo 19 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.

Cuarto. El recurso se dirige, como se ha apuntado, contra el Pliego de Prescripciones Técnicas, susceptible de impugnación conforme al artículo 40.2.a) del TRCLSP.

La determinación de si estamos ante un contrato susceptible de recurso especial exige un análisis más detenido.

El contrato que se examina es un contrato de servicios de bienestar prestados a ancianos, con nomenclatura correspondiente a la CPV 85311100-3 (incluido, por tanto, bajo los servicios sociales y de salud y servicios conexos), y un valor estimado de 680.769,24 euros. Por su objeto, está incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP y, por ser su importe superior al establecido en el artículo 40.1.b) del TRLCSP (209.000 euros), quedaría, conforme a dicho texto legal, incluido en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.

Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, los servicios sociales y otros servicios específicos están incluidos en el nuevo Anexo XIV, siendo así que, conforme al artículo 4 d) de la citada Directiva, son contratos sujetos a regulación armonizada *“los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios enumerados en el anexo XIV”* cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 euros.

En consecuencia, nos encontramos ante un contrato de servicios sociales que, por su importe, sería susceptible de recurso especial en materia de contratación según el TRLCSP, pero no con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, cuyo plazo de transposición expiró el 18 de abril de 2016. Ello obliga a examinar el efecto directo que la nueva Directiva sobre contratación pública pueda tener en este caso.



Como recuerda la Resolución nº 1056/2017, de 10 de noviembre:

“La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA) a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de Contratación Pública, de 15 de marzo de 2016, declara en su apartado 3.1.2.b), relativo al umbral de los contratos de servicios, lo siguiente:

“Debe reconocerse efecto directo a la distinción que hace la DN (Directiva Nueva) en su artículo 4, letras b), c) y d), entre: por una parte, los contratos públicos que tienen por objeto los denominados ‘servicios sociales y otros servicios específicos’ que son enumerados en su anexo XIV; y, por otra parte, aquellos contratos que tienen por objeto los demás servicios susceptibles de ser objeto de contrato de servicios sujeto a regulación armonizada (...).

Respecto de los contratos de servicios del anexo XIV DN el umbral es de 750.000 euros, de acuerdo con la letra d) del citado artículo 4 DN.

Respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del artículo 4 DN, respectivamente; coincidiendo así con los umbrales actuales vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342.”

Y más adelante, en el apartado 3.2.5 de la citada Recomendación de la JCCA se declara lo siguiente:

“Debe reconocerse efecto directo al artículo 46 DC, el cual modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras. La obligada aplicación de esta modificación supone, entre otros, los siguientes cambios respecto de lo establecido en el TRLCSP:

(...)



b) Por el mismo motivo (nueva delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada) queda ampliado el ámbito de actuación del recurso administrativo especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP a todos los contratos que merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada...”.

La delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada de la Directiva 2014/24/UE (norma sustantiva), se traslada al ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, tal y como se desprende también del Documento sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, aprobado el 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, en cuyo apartado IV se efectúan las siguientes consideraciones:

“La reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial. Máxime, cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

(...)

A) Adaptación del objeto del recurso especial al contenido de las nuevas Directivas de contratación pública.

La nueva regulación sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la procesales Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recursos, como bien se advierte en el considerando 122 de la Directiva 2014/24 al declarar que ‘Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva’. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas Directivas en artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones (...).



De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública. Así se debe interpretar el inciso del referido precepto cuando dice ‘...cuando dichas decisiones hayan infringido el derecho de la Unión en materia de contratación pública...’, en tanto obliga a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual (lo que se refiere, fundamentalmente, a las Directivas de contratación pública).

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que, si éstas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello, aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo.”

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal ha de atender, a efectos de determinar su competencia objetiva (cuestión, como se ha indicado, de orden público), al contenido material de las Directivas de contratación pública vigentes, siendo así que la Directiva 2014/24/UE considera sujetos a regulación armonizada los contratos del Anexo XIV (entre los que se incluyen los servicios de vigilancia de seguridad) cuyo importe sea igual o superior a 750.000 euros.

Es importante destacar que la Directiva 2014/24/UE modifica el propio concepto de contrato de servicios sujetos a regulación armonizada del artículo 16.1 del TRLCSP (con arreglo al cual “están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II (...)” cuyo valor estimado sea igual o superior a los importes en dicho precepto indicados, de 135.000 euros o 209.000 euros, según el poder adjudicador de que se trate). En la nueva Directiva desaparece la distinción que recoge el TRLCSP entre los contratos armonizados de las categorías 1 a 16 del Anexo II, y los contratos no sujetos a regulación armonizada de las categorías 17 a 27 del referido Anexo II, pero susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros (artículo 40.1.b) del TRLCSP). Como se indica en el apartado 3.1.2 de la Recomendación de la JCCA antes citada, “como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la DN a partir del 18 de abril (de 2016) podrán ser objeto



de estos contratos (de servicios) cualesquiera servicios (y no sólo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP como actualmente establece en su artículo 16.1) distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada y cuando no estén expresamente excluidos por la DN de su ámbito objetivo de aplicación en virtud de sus artículos 7 a 17”.

De acuerdo con lo expuesto, el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación ha de coincidir plenamente con el contenido material de las Directivas de contratación pública. La delimitación de los contratos de servicios susceptibles de recurso especial recogida en el artículo 40.1.b) del TRLCSP debe entenderse superada desde el momento en que la Directiva 2014/24/UE no mantiene la distinción de servicios que recoge el artículo 16.1 del TRLCSP, basada en un Anexo II que desaparece en la nueva Directiva.

Cabe añadir que este Tribunal ya ha reconocido y aplicado en anteriores ocasiones el efecto directo de las nuevas Directivas de contratación pública para determinar el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación.

Así, en la resolución 738/2017, de 5 de septiembre, dictada en los recursos acumulados 712, 716, 718, 728, 731,732 y 764, y en la posterior resolución 775/2017, de 8 de septiembre, dictada en el recurso 638/2017, este Tribunal abordó la calificación jurídica de un contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera, y en dichas resoluciones se efectuaron las siguientes consideraciones:

“Sobre esta materia ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la



Directiva 2004/17/CE. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016 —entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, sensu contrario, aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha—, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión. A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).*
- Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, que estos acordaron el 1 de marzo de 2016.*

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.



Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así los contratos de concesión de servicios —similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos—, están sujetos a regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.

La calificación de un contrato de concesión de servicios ha de ajustarse a la definición dada en el artículo 5.1 b) DC, que literalmente define el contrato de concesión de servicios como: ‘un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

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”.



(...)

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de servicios.”

Y entendió este Tribunal que “La conclusión sobre la normativa comunitaria e interna expuesta no puede ser otra que la inexistencia de competencia de este Tribunal para conocer de la legalidad de los pliegos impugnados, por encontrarnos ante unos pliegos de condiciones de un contrato de concesión de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la DC (artículo 10) con un régimen especial configurado en el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 1370/2007”, y que “La competencia de este Tribunal para revisar las actuaciones administrativas en los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos ex artículo 40.2 del TRLCPS es improrrogable y dado que no nos hallamos ante un contrato relacionado en el artículo 40.1 del TRLCPS y extramuros de la DC (artículo 10) hemos de declarar la inadmisión de los recursos especiales formalizados y acumulados en la presente Resolución.”

El efecto directo de las nuevas Directivas de contratación pública, a efectos de determinar el ámbito objetivo del recurso especial, también se abordó en la Resolución 852/2017, de 3 de octubre de 2017, dictada en el recurso 754, y relativa a la impugnación de la resolución de adjudicación de una concesión de abastecimiento y suministro de agua potable a poblaciones. En la misma se indicó lo siguiente:

“...este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto similar si bien se impugnaban los pliegos de cláusulas que regían el procedimiento. Así en la reciente resolución 645/2017, se estable que: ‘Como dice la Recomendación de la JCCA, de 15 de marzo de 2016, en su apartado 3.1.5, en relación con el efecto directo de las Directivas Comunitarias, los contratos de gestión de servicios públicos pueden caracterizarse como ‘sujetos a regulación armonizada’ cuando: i) superen el umbral de aplicación que establece la DC (5.225.000 €), ii) puedan tipificarse como tales y, además, iii) no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación. En el presente caso se cumplen las dos primeras características, pero no la tercera, puesto que



el artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE declara excluidas de su aplicación las concesiones adjudicadas para la explotación del agua potable, y la eliminación o tratamiento de las aguas residuales”.

Siendo que el contrato convocado por parte del Ayuntamiento de Corral de Almaguer es de concesión del servicio público de abastecimiento de agua potable no cabe duda que la Directiva citada no es de aplicación, por lo que en este punto lo señalado por el recurrente no puede prosperar”.

En la medida en que el contrato de servicios de bienestar prestados a ancianos, objeto del presente recurso está incluido, por su objeto, en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, pero su valor estimado no alcanza los 750.000 euros que el artículo 4.d) de dicha Directiva establece para poder considerarlo sujeto a regulación armonizada, el Tribunal, de conformidad con lo expuesto, ha de concluir que dicho contrato no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, lo que determina la inadmisión del recurso.

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. J. F. T. C., en nombre y representación de TRONCOSO CASARES, S.L., contra el pliego de prescripciones técnicas regulador del procedimiento de licitación para la contratación de la prestación del servicio de Centro de Día para personas mayores dependientes del Ayuntamiento de Ourense.

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 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 Galicia, 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 la Jurisdicción Contencioso Administrativa.