

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de fecha 12 de mayo de 2017, por el que se adjudica el contrato de concesión de servicios “Servicio de vigilancia y control de los estacionamientos limitados en la ciudad de Alcalá de Henares”, número de expediente: 5.129, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 11 y 16 de noviembre de 2016 se publicó respectivamente en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Alcalá de Henares y en el BOCM la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación de la concesión de servicios mencionada. El valor estimado de la licitación es de 1.728.000 euros y el precio tipo es de 40 euros/plaza/mes en concepto de canon a abonar al Ayuntamiento, revisable al alza anualmente en la misma proporción en que se produzca el incremento medio de la tasa a satisfacer por los contribuyentes. La duración es de 4 años, con posibilidad de dos prórrogas de un año una y de seis meses otra.

Segundo.- Al procedimiento concurren cinco empresas incluida la recurrente

La Mesa de contratación, en su reunión de 20 de mayo de 2017, procede a la apertura de las proposiciones económicas de las licitadoras admitidas y tras aplicar las puntuaciones y clasificar las ofertas, acuerda proponer como adjudicataria del contrato a la empresa Estacionamiento y Servicios, S.A.U., en la cantidad de 57,02 euros/plaza/mes, quedando la recurrente clasificada en segundo lugar.

La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 12 de mayo de 2017 procedió a la adjudicación del contrato, que fue publicada en el Perfil de contratante del citado Ayuntamiento el 7 de junio de 2017, siendo notificada a los interesados el mismo día.

Tercero.- El 28 de junio de 2017, la representación de Valoriza presentó ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se adjudica el contrato. El recurso, había sido previamente anunciado al órgano de contratación día 27 de junio.

Por la Secretaria del Tribunal se dio traslado del mismo al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere 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 (en adelante TRLCSP), lo que verificó el 3 de julio siguiente.

No se discute la categoría jurídica del contrato objeto del recurso, únicamente se solicita la nulidad del acuerdo por el, -según aduce la recurrente-, deliberado incumplimiento por la adjudicataria de varios de los requisitos establecidos en el PPT, (horario del servicio, suministro de las tarjetas de residentes, nº de plazas, indefinición del estudio económico), solicitando en consecuencia su exclusión y la retroacción del procedimiento al momento de valoración realizando una nueva clasificación. Así mismo solicita la suspensión del procedimiento en tanto se

resuelve el recurso y subsidiariamente, en su caso, se acuerde la inadmisión por este Tribunal que solicita su traslado al Ayuntamiento para que lo tramite como recurso ordinario.

En el informe el órgano de contratación solicita en primer lugar la inadmisión del recurso por no ser competente el Tribunal al tratarse de una concesión de servicios cuyo valor estimado es 1.728.000 euros, por tanto inferior al umbral establecido para este tipo de contratos en la Directiva 2014/23/UE. No obstante, informa de todas las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, sin pronunciarse respecto a la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- Con fecha 5 de julio de 2017, el Tribunal acordó mantener la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Antes de entrar al estudio de las cuestiones de fondo que se plantean en el presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal para resolver, teniendo en cuenta los pronunciamientos anteriores de este Tribunal en especial la Resolución 192/2017, de 28 de junio.

El contrato objeto del recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como concesión de servicios, y así se define en el Pliego de Condiciones Administrativas (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Es esencial para determinar el régimen jurídico del contrato, su calificación, ya que si responde al concepto de contrato de concesión de servicios, no estaría sometido a las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, puesto que el valor estimado de la concesión no alcanza el umbral de 5.225.000 euros, establecido en el artículo 8 de la Directiva, y no cabría interponer recurso especial. En ese caso, al no haberse llevado a cabo aun la transposición al derecho

español de la Directiva, y al objeto de evitar el efecto directo vertical descendente en la aplicación de la misma, debería analizarse si de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1. b) del TRLCSP cabría recurso especial.

Si por el contrario nos encontrásemos ante un contrato de servicios, el mismo por su cuantía, estaría sometido a regulación armonizada y sería susceptible de recurso especial.

Por tanto, la calificación de un contrato dentro de un tipo contractual u otro, desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2 del artículo 40, el recurso especial, hace necesario analizar la calificación del contrato para determinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las Directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Debe partirse de que el examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de concesión, ha de realizarse aplicando la Directiva 2014/23/UE, en virtud de su efecto directo, que recoge los principios de la jurisprudencia comunitaria.

Desde esta perspectiva el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE, define la 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”.

De manera que el elemento diferenciador de la figura de otras semejantes especialmente del contrato de servicios, es *“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional”* especificando éste como riesgo de demanda, de suministro o ambos.

Sentado lo anterior, hay que concluir que para calificar un contrato como concesión se exige que el contratista asuma los riesgos de la explotación y que se estará ante un contrato de servicios cuando el contratista no asume dicho riesgo.

El concepto de asunción del riesgo ha sido objeto de análisis pormenorizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se ha incorporado al acervo comunitario, pudiendo citarse la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando señala que: (...) *“26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión*

de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).

37 A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que 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 de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) que afirma que: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio” (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom)).

En el contrato que es objeto de estudio, expuestos los anteriores extremos, es necesario verificar si concurre la existencia de riesgo, esencial para su calificación como tal contrato de concesión.

El expediente administrativo no incluye una Memoria Económica, documento imprescindible para conocer la estructura de costes de la denominada concesión. Por otro lado el PCAP no señala más ingresos que la recaudación obtenida por las tarifas de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por estacionamiento de

vehículos de tracción mecánica en las vías públicas municipales, ni establece ningún tipo de límite o de compensación de no alcanzar determinada recaudación.

En cuanto a los gastos que deberá asumir la empresa adjudicataria los mismos se derivan de las obligaciones específicas del adjudicatario que se recogen en la cláusula 8.2 del PPT entre las que podemos destacar que:

“1. La empresa adjudicataria deberá contar con un seguro que cubra, en su totalidad, los daños a bienes, personas y terceros afectados derivados del ejercicio de su actividad.

2. Instalar, conservar, reparar y reponer las instalaciones y sus materiales y accesorios en un plazo máximo de 24 horas, (...).

3. Asumir los gastos ocasionados por la redistribución y posibles ampliaciones o reducciones del servicio, debiendo repararse inmediatamente los posibles desperfectos ocasionados en la vía pública; así como la retirada y traslado a almacén de las máquinas sobrantes, cuando el Ayuntamiento lo estime conveniente.

4. Disponer en todo momento de los medios humanos y materiales previstos en el Pliego de Condiciones y en la oferta del adjudicatario.

5. Disponer de locales, vehículos, herramientas, almacenes y material de repuesto para atender sin demora la prestación del servicio en todo momento.

6. Suministrar al ayuntamiento de Alcalá de Henares las tarjetas para los residentes, según el modelo indicado por los Servicios Técnicos, así como en su caso, la distribución de las mismas.

7. Disponer de los boletines de denuncia utilizados para el servicio, pegatinas y demás material que sea necesario.

8. Atender a las solicitudes de información que en relación con el desarrollo del servicio se efectúe por parte del ayuntamiento y todo ello en virtud de los poderes de policía necesarios que le asisten para asegurar la buena marcha del mismo.

9. Si fuese necesario a criterio del Excmo. Ayuntamiento, la empresa dará a conocer la instalación de estos expendedores de tiques y su funcionamiento, mediante las técnicas publicitarias informativas (radio, prensa, folletos...) que estime

oportunas, sin coste alguno para el Ayuntamiento, que supervisará el cumplimiento de dicho plan publicitario (...)”.

Por otro lado contempla la cláusula 6 del PPT, que el adjudicatario se hará cargo de todos los medios humanos, materiales y auxiliares afectos al servicio, si bien indica en su apartado 2 que el adjudicatario se hará cargo de los medios materiales propiedad del Excmo. Ayuntamiento, amortizados durante la anterior concesión, pudiendo por tanto utilizar los aparatos expendedores de tiques que se hallen en perfecto estado, pero deberá, en caso contrario, sustituirlos por otros de última tecnología, y en la cláusula 10 establece que *“Todos los elementos materiales, susceptibles de amortización necesarios para la prestación del servicio objeto de este contrato revertirán al final del plazo de adjudicación o su prórroga, a favor del Excmo. Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de forma gratuita.”*

De acuerdo con todo lo anterior, analizados los datos del expediente, debe concluirse que no existen unos ingresos garantizados al concesionario por la recaudación obtenida por las tarifas de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías públicas municipales, y que en todo caso podrían no ser suficientes para asumir los gastos previstos de explotación determinante para apreciar la existencia de “riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”, que impone la Directiva. Riesgo que, además de por el devenir del mercado en el sector, vendría determinado por un lado por las facultades discrecionales del Ayuntamiento estipuladas en la cláusula 9 del PPT: (...)

2. El Ayuntamiento podrá ampliar o reducir el servicio mediante la incorporación al mismo de nuevas vías públicas o incremento de las plazas en la prestación del servicio en función de las necesidades de la ciudad.

3. Otorgar autorizaciones para la ocupación de la vía pública, con motivo de obras, terrazas de verano, etc., así como los cambios de uso que considere

convenientes, sin que por ello el adjudicatario tenga derecho a indemnización o compensación económica alguna.

4. Igualmente el Ayuntamiento podrá exigir la instalación de nuevas máquinas expendedoras de tiques, o reubicación de las existentes.

Por otro, por el riesgo de impago de las tarifas aplicables a los usuarios, por actos de vandalismo con el objeto de destruir/inhabilitar los equipos instalados siendo necesaria su sustitución, o simplemente por caída de la demanda bien por optar los usuarios por aparcar en otras zonas, sin dicha restricción, bien por acudir a aparcamientos privados.

Además conviene advertir del precedente en la categorización como concesión de servicios para un supuesto similar referido al servicio de estacionamiento vigilado en vía pública en el Ayuntamiento de Orihuela que el TACRC, en la Resolución 145/2016, de 19 de febrero, después de resumir la doctrina sobre la transmisión del riesgo operacional concluye *“Y es evidente que, en el supuesto analizado, dicha transferencia resulta indudable, bastando a tal fin citar la cláusula sexta del PCAP, en la que se afirma que la empresa adjudicataria “soportará el total coste de la implantación y prestación del servicio y resarciéndose mediante la percepción de los correspondientes ingresos producidos por éste, satisfechos por los usuarios, sin que el Ayuntamiento de Orihuela aporte durante el plazo de la concesión subvención alguna, ni cualquier otra aportación económica o material”.*

En consecuencia, de las circunstancias expuestas debe deducirse que en este contrato sí se produce una transmisión del riesgo operacional, necesaria para su calificación como contrato de concesión de servicios a los solos efectos de establecer la competencia del Tribunal.

Resta por último determinar si tratándose de un contrato de concesión de servicios el mismo supera los umbrales para ser objeto de recurso especial. Tal

como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones entre las que cabe señalar la 118/2016, 129/2016, 164/2016, 169/2016, 179/2016 y 214/2016, el concepto de concesión de servicios desplaza la categoría del contrato de gestión de servicios en la modalidad concesional, pero por aplicación de la prohibición del efecto vertical descendente si la concesión no alcanza el umbral comunitario del artículo 8 de la Directiva 2014/24/UE sería susceptible del recurso especial en materia de contratación si el contrato supera los umbrales del artículo 40.1.c) del TRLCSP, (gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y plazo de duración superior a cinco años).

No superando el valor estimado del contrato, los 5.225.000 euros que constituye el umbral para considerar sujetas a regulación armonizada las concesiones de servicios de conformidad con el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE, procede examinar la concurrencia del umbral del TRLCSP.

En el caso que nos ocupa la duración máxima prevista del contrato será de 6 años.

En cuanto a los gastos de primer establecimiento, este Tribunal viene considerando reiteradamente, entre otras en la Resolución 174/2014, de 8 de octubre, que cuando el TRLCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes

titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Así lo recoge este Tribunal en la Nota sobre interpretación del concepto de gastos de primer establecimiento, de 6 de junio de 2013, publicada en su página web.

En este caso los pliegos no cuantifican el importe estimado de los tales gastos de primer establecimiento, aunque puede concluirse que no alcanzarían en ningún caso 500.000 euros, tanto porque el Ayuntamiento cede los expendedores que se encuentren en buen estado de la concesión anterior, siendo esta la posible mayor inversión afecta al contrato, como por el hecho de que en el estudio económico del adjudicatario figuran los gastos totales de inversión por importe de 37.254,60 euros correspondientes a actualización de modem, equipos del controlador, señalización horizontal/vertical y otros (acondicionamiento del local, equipos informáticos y ofimáticos, y publicidad); siendo el coste anual de la amortización de 10.751,36 euros y los de explotación que ascienden a 174.977 euros correspondientes a personal, mantenimiento, recaudación y seguros.

Por todo ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, no corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- No obstante lo anterior, el artículo 40.5, segundo párrafo, del TRLCSP, establece 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”.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con 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”, al órgano de contratación le corresponde determinar si procede admitir su tramitación como recurso de reposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don P.P.S., en nombre y representación de Valoriza Servicios Medioambientales, S.A., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá de Henares de fecha 12 de mayo de 2017, por el que se adjudica la concesión de servicios “Servicio de vigilancia y control de los estacionamientos limitados en la ciudad de Alcalá de Henares”, número de expediente: 5.129, por incompetencia del Tribunal.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente

ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.