



**Recurso nº 20/2015 C.A. Galicia 4/2015**  
**Resolución nº 205/2015**

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

En Madrid, a 27 de febrero de 2015.

**VISTO** el recurso especial, en materia de contratación, interpuesto por D. F.A.J., actuando en nombre y representación de CELTA PRIX, S.L. contra los Pliegos del procedimiento de licitación pública para contratación de la *“Gestión indirecta, mediante concesión del servicio público de prevención e intervención en emergencias del Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de la Coruña”* convocado por este último organismo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Los días 5 y 11 de Diciembre de 2014, se publicaron, en el Diario Oficial de Galicia nº 234 y en el B.O. nº 237 de la Provincia de la Coruña respectivamente, los anuncios de licitación del contrato administrativo de gestión de servicio público, para la *“Gestión indirecta, mediante concesión administrativa, del servicio público de prevención e intervención en emergencias que corresponde al Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de La Coruña”*, nº G 01/14, de tramitación ordinaria, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un presupuesto de licitación de 55.573.883,92 € y un período de ejecución de ocho años prorrogables hasta un máximo de ocho años más. El plazo para la formulación de ofertas finalizaba transcurridos veinte días naturales desde el siguiente al de la publicación del último de los anuncios de licitación, esto es, el 2 de Enero de 2015.

El 5 de Diciembre de 2014, se habían publicado, también, en el Perfil del Contratante del Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de la Coruña, los Pliegos por los que iba a regirse dicha contratación.

**Segundo.** El 23 de Diciembre de 2014, tuvieron entrada, en el registro general del Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de la Coruña, sendos escritos, firmados



por D. F.A.J., actuando en nombre y representación de la mercantil CELTA PRIX, S.L., en los que anunciaba y, luego interponía respectivamente, al amparo del artículo 40.1.c) del TRLCSP, un recurso especial en materia de contratación, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Condiciones Técnicas del contrato de gestión del servicio público de prevención e intervención en emergencias que corresponde al Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de La Coruña.

En el recurso afirma ante todo que aunque los pliegos indiquen que el contrato no es susceptible del recurso especial que nos ocupa, dicho recurso resulta no obstante procedente dado que el contrato no es en realidad un contrato de gestión de servicio público, sino un contrato administrativo de servicios sujeto a regulación armonizada y, aun admitiendo que si fuera un contrato de gestión de servicio público, sería no obstante, susceptible de recurso especial, ya que su plazo de ejecución excede de cinco años y, pese a lo que se afirma en los pliegos, los “gastos de primer establecimiento” superan en realidad los 500.000 euros.

Razonada de esta forma la admisibilidad del presente recurso especial la recurrente alega en primer término que se ha incumplido la Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2013, de 9 de Diciembre, ya que la entidad licitadora, pese a estar incluida en el ámbito del artículo 3.1 de esta última disposición legal, no ha publicado el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público que ha sustituido a la Plataforma de Contratación del Estado, prevista y regulada en el artículo 334 del TRLCSP.

Añade que el plazo de presentación de ofertas previsto en el anuncio de licitación, aunque respeta el mínimo legalmente establecido, infringe el artículo 143 del TRLCSP puesto que resulta a todas luces insuficiente para la preparación de una oferta, habida cuenta de la complejidad del contrato objeto de licitación.

Señala además que el pliego prevé que, a efectos de adjudicación, se valoren determinados factores, totalmente ajenos al objeto del contrato, como son las “*mejoras sociales dirigidas a los efectivos*” u “*otras mejoras respecto del personal justificadas económicamente*”, así como otros criterios totalmente indeterminados, como lo son, sin duda, “*otras mejoras para la prestación del servicio*” u “*otras mejoras respecto al personal*”, proporcionando al licitador



un espacio de discrecionalidad o arbitrariedad, a la hora de adjudicar el contrato, que resulta intolerable.

Finalmente, considera que el contrato tal como aparece definido en los pliegos dificulta más allá de lo razonable la libre concurrencia a la licitación, ya que establece unos umbrales de solvencia técnica y económica desproporcionadamente altos -5.557.238,39 € en los tres últimos ejercicios y en el ámbito de una actividad análoga a la que es objeto del contrato-; no divide en lotes el objeto del contrato, pese a que el mismo tiene un ámbito geográfico de actuación muy amplio y susceptible, además, de división y, finalmente, prevé un régimen de valoración de ofertas sustentado en unos documentos de gran complejidad, para cuya correcta formulación es necesario un gran volumen de información, del que sólo dispone el actual contratista.

Por todo ello, termina suplicando que se anule el expediente de licitación y contratación que nos ocupa.

**Tercero.** El 29 de Diciembre de 2014 el órgano de contratación del Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de La Coruña emitió el preceptivo informe, respecto del recurso especial, en materia de contratación interpuesto por CELTA PRIX, S.L.

En dicho informe se alega en síntesis que ante todo el recurso resulta inadmisibile, dado que se interpone contra un contrato de gestión de servicio público que, aunque tiene una duración superior a cinco años exige, sin embargo, unos “gastos de primer establecimiento” notablemente inferiores a los 500.000 € previstos como requisito en el artículo 40.1. c) del TRLCSP y ello gracias que el adjudicatario del contrato se va aprovechar de las infraestructuras existentes, noteniendo que hacer inversión alguna ni incurrir en otros “gastos de primer establecimiento” que los de mera administración.

En cuanto a los motivos de impugnación de la recurrente el órgano de contratación señala ante todo que no hay incumplimiento de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2013, de 9 de Diciembre ya que a fecha de publicación de los anuncios de licitación, aún no se habían ejecutado las adaptaciones previstas en la Disposición Final Quinta de la citada Ley, con lo que tampoco era exigible todavía la publicación prevista en la Disposición Adicional Tercera a que alude la recurrente.



En cuanto a la insuficiencia del plazo para presentación de ofertas, alega que el plazo de veinte días previsto supera netamente el mínimo de 15 días previsto legalmente para este tipo de contratos en el artículo 159.2 del TRLCSP y, por lo demás, los licitadores han dispuesto de un plazo real de 27 días naturales, para la preparación y presentación de sus ofertas.

Entiende por lo demás que los pliegos no contienen criterios de valoración que sean ajenos al contrato, ya que las mejoras en las condiciones del personal laboral que actúa por cuenta del contratista redundan, lógicamente, en la mejora de la calidad del servicio a prestar por este último y tampoco se trata de criterios indeterminados, ya que los pliegos exigen que todas las mejoras ofertadas vayan convenientemente cuantificadas.

Adicionalmente, considera que no se da la restricción desproporcionada de la competencia a que alude la recurrente, toda vez que el umbral de solvencia fijado no es desproporcionado, teniendo en cuenta que supone tan solo el 10% del precio del contrato y que el mismo se refiere a un servicio particularmente delicado –prevención y extinción de incendios- donde la experiencia previa es particularmente necesaria y valiosa.

Por otra parte, considera que la división del objeto del contrato en lotes, aun cuando fuera factible, no sería ni obligatoria ni conveniente ya que la existencia de un único contratista permite precisamente optimizar la utilización del personal y los medios materiales disponibles.

Finalmente, al no existir actualmente un único contratista sino varios y dadas las facilidades otorgadas a los posibles licitadores para acceder a toda la información relevante, no existe la discriminación que invoca la recurrente a la hora de proceder a la preparación de las ofertas.

Se propone pues que este Tribunal inadmita el recurso o en su defecto que lo desestime.

**Cuarto.** Abierto plazo de alegaciones sobre el recurso se presentaron con fechas 19 y 20 de Enero de 2015 sendos escritos de alegaciones por parte de las entidades UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS DE MANTENIMIENTO DE INFRAESTRUCTURAS, S.A Y CONSULTORÍA NATUTECNIA, S.L. y VEHÍCULOS, EQUIPAMIENTOS Y CARROCERÍAS PRIETO-PUGA, S.L. (VEHICAR, S.L.) respectivamente, que según se acredita mediante



certificación expedida por el órgano de contratación, son los dos únicos licitadores que han formulado ofertas para la licitación pública que nos ocupa.

En sus escritos de alegaciones, ambas empresas licitadoras coinciden en considerar que el contrato que nos ocupa, lejos de ser, como afirma la recurrente, un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, es un auténtico contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión y, por lo mismo, el recurso no resulta admisible, toda vez que el contrato, si bien tiene una duración superior a cinco años, presenta un presupuesto de “gastos de primer establecimiento” que no alcanza, ni con mucho, la cifra de 500.000 € exigida en el artículo 40. 1 c) del TRLCSP.

A mayor abundamiento, ambas empresas licitadoras coinciden, también, en señalar que no se dan ninguno de los motivos de impugnación alegados por la recurrente, por lo cual entienden que, de resultar admisible, el recurso debería ser desestimado.

**Quinto.** Con fecha 16 de Enero se resolvió por la Secretaria del Tribunal recabar audiencia del órgano de contratación sobre la posible adopción de oficio de la medida provisional de suspensión del procedimiento. Finalmente dicha medida no ha sido adoptada.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El presente recurso especial, en materia de contratación, 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 el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales de 7 de Noviembre de 2013, publicado en el B.O.E. de 25 de Noviembre de 2013.

**Segundo.** Por otra parte, el recurso ha sido interpuesto por una entidad legitimada para ello, pues, CELTA PRIX, S.L., en cuanto empresa que actualmente presta un servicio semejante al que es objeto de licitación en la provincia de Pontevedra, tiene claramente un interés directo y legítimo en esta materia en cuanto potencial licitador al contrato que nos ocupa.

**Tercero.** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2.a) del TRLCSP.



**Cuarto.** Puestas así las cosas, hemos de pasar a examinar la cuestión de fondo que plantea el recurso y que no es otra que determinar si el recurso es igualmente admisible, por razón del tipo de contrato de que se trata.

Para ello se hace preciso examinar ante todo cuál es la verdadera naturaleza jurídica del contrato o, lo que es lo mismo, determinar si estamos en presencia de un auténtico contrato de gestión de servicio público mediante concesión o bien, como sugiere la recurrente, de un contrato de servicios sin más.

Para decidir acerca de esta última cuestión hemos de evocar, una vez más, la doctrina de este Tribunal recogida entre otras en la Resolución 346/2013 acerca de la distinción, no siempre clara, entre ambas figuras contractuales: el contrato de servicios y el de gestión de servicio público.

En ese sentido hay que empezar por reconocer que la Ley ha configurado un sistema donde la diferenciación entre ambas figuras contractuales no siempre es nítida e indiscutible.

Por esa razón, para determinar cuál es la verdadera naturaleza del contrato de gestión de servicio público este Tribunal, tomando como referencia el conocido informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en las resoluciones números 204/2013, 80/2013 y otras, como la 176/2011, la 172 y la 116/2011, ha señalado, entre otras cosas, 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 2004/18, a definirlo como un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien, únicamente, en el derecho a explotar el servicio o bien en dicho derecho, acompañado de un precio (art. 1.4).*

*Esta noción, 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, la concesión no se desnaturaliza 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.”*

Las ideas anteriores son recogidas, de forma dispersa, por nuestro legislador, a través de varios artículos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

Así el 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*”); el 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 el 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 la gestión del servicio al particular, éste debe asumir la organización del mismo; en segundo lugar, que el servicio que es objeto del contrato debe ser susceptible de explotación empresarial y, por último, que el concesionario debe asumir, como propio, el riesgo y ventura de la explotación del servicio.



La reciente Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo contribuye decisivamente a delimitar conceptualmente esta figura contractual, cuando refiriéndose al contrato de concesión de servicio público señala en su exposición de motivos, lo siguiente:

*“Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado una inseguridad jurídica continua para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*Por lo tanto, debe aclararse la definición de «concesión», en particular, haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.*

***La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional, de carácter económico, que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador.***

*La reglamentación de la adjudicación de concesiones, mediante normas específicas, no estaría justificada, si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato.*

*Al mismo tiempo, hay que aclarar que ciertos regímenes, en los que la remuneración procede, exclusivamente, del poder adjudicador o la entidad adjudicadora, pueden considerarse concesiones, si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador, para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios, depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios.”*

En congruencia con los citados principios, en el articulado de dicha Directiva, se define la concesión de la forma siguiente:





**«Concesión de servicios»:** *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 bien 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 sea meramente nominal o desdeñable...”*

Aplicando todo ello al caso presente resulta evidente para este Tribunal que el contrato a que se refiere el recurso no es, en modo alguno, un verdadero contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión, sino un contrato de servicios.

El dato decisivo para llegar a tal conclusión no es otro que el hecho de que, a tenor de los pliegos, el futuro contratista no adquiere el riesgo empresarial de explotación del servicio de prevención y extinción de incendios.

En efecto, con arreglo a los pliegos del contrato, el contratista recibe de la entidad contratante una retribución anual alzada que es independiente de la mayor o menor actividad real que asuma el contratista.

Dicha retribución cubre los gastos de funcionamiento de los medios materiales o humanos que el contratista destine a la ejecución de los servicios contratados y, en consecuencia, no asume el “riesgo empresarial” del servicio de incendios, ya que tiene *“garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, va... a recuperar las inversiones realizadas... y a*

*cubrir los costes... contraído(s) para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión”.*

A la vista de todo ello queda claro a juicio de este Tribunal, que el recurso interpuesto contra los pliegos resulta plenamente admisible, toda vez que se refiere a un contrato de servicios, para cuya admisión a trámite, resultan innecesarios los dos requisitos exigidos por el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

**Quinto.** Puestas así las cosas, debemos señalar que con independencia y con preferencia a la discusión que pudiera suscitarse, respecto de los motivos de impugnación que se enuncian en el recurso y que se intentan rebatir, tanto en el informe del órgano de contratación como en los escritos de alegaciones de varios licitadores, hemos de plantearnos si, a la vista de que estamos en presencia de un contrato de servicios y no de un contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión, la tramitación del expediente de contratación puede seguir adelante, tal y como está concebida.

En este sentido, a juicio de este Tribunal, la respuesta ha de ser forzosamente negativa.

En efecto, tanto el anuncio de licitación como los pliegos obedecen a la estructura lógica del contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión y, por lo mismo, resultan claramente inadecuados a la naturaleza y características de un contrato de servicios.

A título de ejemplo, la licitación del contrato no ha sido anunciada en la forma exigida por la Ley –en el D.O.U.E.- y, en consecuencia, para que el expediente de contratación no esté viciado de nulidad, deben publicarse nuevos anuncios de licitación en la forma exigida por la Ley.

Además, tratándose de un contrato de servicios, la duración del contrato –ocho años prorrogables por otros ocho-, aunque es propia de un contrato de concesión de servicio público, resulta a todas luces excesiva para un simple contrato de servicios y debe ser reducida sustancialmente.

Al margen de ello, son numerosos los extremos de los pliegos que, siendo lógicos en el contexto de un contrato de concesión de servicio público, carecen de sentido en un contrato de servicios.

En definitiva, la entidad contratante debe reiniciar el expediente de contratación, teniendo bien presente, que ya no trata de buscar un concesionario del servicio público de lucha contra incendios, sino de un mero contratista prestador, por cuenta y riesgo de la entidad contratante, de los servicios de prevención y lucha contra incendios.

Procede pues que con independencia de las pretensiones de la recurrente y al margen de ellas, el Tribunal acuerde la anulación del expediente de contratación tal y como se ha tramitado hasta ahora, por entender y así declararlo que resulta inadecuado para un contrato de servicios.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Admitir a trámite el recurso interpuesto por D. F.A.J., actuando en nombre y representación de CELTA PRIX, S.L. contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato administrativo de "*Gestión indirecta, mediante concesión, del servicio público de prevención e intervención en emergencias del Consorcio Provincial contra Incendios y Salvamento de la Coruña*", por entender y así declararlo que se trata de un contrato de servicios susceptible de recurso ante este Tribunal y, en base a ello pero al margen de las alegaciones y pretensiones de la entidad recurrente, declarar asimismo de oficio la nulidad del anuncio y de los pliegos de dicho contrato, ya que los mismos no se ajustan en absoluto a las exigencias derivadas de su verdadera naturaleza jurídica como contrato de servicios .

**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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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.