



Recurso nº 116/2011

Resolución nº 154/11

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

En Madrid, a 1 de junio de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.B.A., en representación de NAVIERA ARMAS S.A., con fecha 19 de mayo de 2011, contra el pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir la adjudicación del Contrato de gestión de servicios de la línea marítima de interés público Málaga-Melilla y Almería -Melilla, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 30 abril de 2011 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el Contrato de gestión de servicios de la línea marítima de interés público Málaga-Melilla y Almería -Melilla por importe de 11.960.000,- €

Segundo. Contra el pliego de prescripciones técnicas que debe regir la adjudicación y ejecución del indicado contrato se interpuso recurso por NAVIERA ARMAS S.A. mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 19 de mayo de 2011, en el que tras formular las consideraciones que estima convienen a la defensa de su derecho termina solicitando que se declare la nulidad de la cláusula 3.2 del pliego de prescripciones técnicas, por la que se establece que los buques con que haya de prestarse el servicio deben disponer de 390 plazas de pasajeros en camarote (120 camarotes, de los cuales 2 camarotes deben estar acondicionados para personas con discapacidad y sus acompañantes) así como la suspensión de la licitación convocada.

Tercero. El Tribunal en resolución de fecha 25 de mayo de 2011 acordó conceder la medida provisional de suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

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

El órgano de contratación, en el informe que remite junto con el expediente de contratación mantiene que el contrato cuyo pliego de prescripciones técnicas se recurre tiene la calificación de contrato administrativo especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, apartado 4, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante. En consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de forma que los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación referidos a él no son susceptibles de recurso en esta vía. Ello comporta, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Las anteriores manifestaciones deben ser objeto de análisis detenido. En primer lugar, es preciso dejar claro que la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, artículo 7.4, califica el contrato en cuestión como contrato administrativo especial, al decir: *“El Gobierno en el ámbito de las competencias del Estado podrá establecer, en su caso, que la prestación de todas o alguna de estas navegaciones se realice con imposición de obligaciones de servicio público con el fin de garantizar la suficiencia de servicios de transporte regular con destino a y/o procedencia de las islas Baleares, islas Canarias, Ceuta y Melilla o bajo el régimen de contrato administrativo especial en atención a la satisfacción de forma directa o inmediata de la finalidad pública que aquéllas representan”*.

Sin embargo, la previa calificación legal de este contrato como administrativo especial no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista el

contrato, pueda ser subsumido éste bajo alguno de los tipos contractuales regulados en ella. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89//665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que *“La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004”*. Ello significa que para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional. Al respecto, el artículo 5 de la ley citada dispone: *“1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección. 2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación”*.

Por tanto para poder decidir acerca de si estamos ante alguno de los contratos típicos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público debemos acudir en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Sólo para el caso de que no encajen en ninguna de ellas, será posible acudir a la definición de las normas específicas que los regulan.

Segundo. Sentado lo anterior, debemos entrar en el análisis de si las características que configuran la prestación del contrato objeto del presente recurso permiten mantener la

calificación atribuida por la Ley especial que lo regula o si, por el contrario, ha de considerarse incluido en alguno de los tipos definidos por la ley reguladora de los contratos públicos en nuestro ordenamiento jurídico.

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

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

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

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

Esta enumeración difiere en lo que afecta a la modalidad de concesión, de la contenida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 1, en su apartado 4 la define como *“un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la*

salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

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

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

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

Por otra parte, ya hemos visto que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia, inicial, con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista.

Llegados a este punto, corresponde ahora examinar si por su caracterización el contrato que examinamos puede ser incluido dentro de alguno de los dos tipos de contratos

mencionados. Al respecto debe señalarse que la actividad del contrato que se analiza es la de transporte marítimo de pasajeros que se encuentra incluida en la categoría 19 del Anexo II mencionado, por lo que, en principio, es posible entender que el contrato examinado reúne por su objeto las características de cualquiera de los dos mencionados.

Tercero. La cuestión a plantear ahora es por cuál debemos decantarnos, y para ello es imprescindible establecer en qué consiste la diferencia esencial entre ambos.

Ante todo debe aclararse que cuando nos referimos al contrato de gestión de servicios públicos, hemos de entender hechas todas las referencias exclusivamente a la modalidad de concesión, toda vez que ninguna de las otras tres encaja en el caso presente.

Pues bien, del análisis de las definiciones antes transcritas, se deduce una diferencia esencial: en la concesión de servicios la cesión de la gestión se hace siempre a cambio de asumir la explotación del servicio, mientras que en el caso del contrato de servicios la contrapartida a la prestación del servicio consiste exclusivamente en el abono de un precio.

Esto significa que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Ciertamente, no es ésta la única diferencia que existe entre ambos, pero, a los efectos que aquí interesan puede considerarse como la más relevante.

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

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

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

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

cuando el operador tenga que hacer frente, para adecuarse a una modificación del marco normativo, a inversiones que superen un determinado nivel”.

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

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

Cuarto. Sentado lo anterior, procede examinar la configuración que de la contraprestación a percibir por el adjudicatario se hace en el pliego de cláusulas administrativas particulares con objeto de aclarar si puede ser considerada como caracterizadora de una concesión de servicio público o, por el contrario, como un contrato de servicios.

Para ello la única cuestión a debatir es la de si tal contraprestación comporta o no la asunción del riesgo de la explotación por el concesionario. La cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece, entre los derechos del contratista, los de percibir de la Administración mensualmente la compensación económica que corresponda al servicio prestado y el de percibir de los usuarios las contraprestaciones económicas por las tarifas que se apliquen.

De lo anterior, y dada la estructura de la contraprestación, resulta evidente que el riesgo asumido por el contratista en el caso presente o es nulo, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración, o es tan escaso que resulta irrelevante a la hora de calificar la relación contractual. Ello significa, en consecuencia que al no existir asunción de riesgo en la explotación del servicio el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicios.

Queda ya tan solo esclarecer si cabe la calificación como contrato de servicios. En tal sentido y, dado que se trata de un contrato que tiene por objeto una de las actividades contempladas en el Anexo II de la ley, no existe duda alguna acerca de su calificación como contrato de servicios. Interesa a este respecto, sin embargo, dejar claro que esta

calificación no tiene más efectos que los referentes a la aplicación de las normas que regulan el recurso especial en materia de contratación. Para el resto de los aspectos del mismo habrá de estarse a la calificación que le atribuye la ley 27/1992, de 24 de noviembre, y aplicarle el régimen propio de los contratos administrativos especiales.

Como conclusión, en relación con la posibilidad o no de interponer recurso especial en materia de contratación debe entenderse que el contrato está incluido dentro de los enumerados en el artículo 310.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, puesto que su objeto consiste en el desarrollo de una actividad contemplada en el número 19 del Anexo II de la ley citada y cuyo importe supera los 193.000,- €. Por todo ello debe entenderse que pueden recurrirse en esta vía los actos preparatorios y del proceso de adjudicación que se refieran a él siempre que estén incluidos entre los mencionados en el apartado 2 del mismo artículo mencionado.

Como consecuencia, procede declarar la competencia de este Tribunal para conocer y resolver el recurso.

Quinto. Asimismo el recurso ha sido interpuesto por persona que ejerce una actividad directamente relacionada con el objeto del contrato, circunstancia que le atribuye legitimación para impugnar los pliegos que han de regir en su adjudicación y ejecución, pues pueden resultar afectados sus intereses legítimos (art. 312 de la LCSP). De igual forma el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

Sexto. Admitido el recurso procede entrar en el fondo de la cuestión planteada. La recurrente basa el mismo en la exigencia en la prescripción de la cláusula 3.2 del pliego de prescripciones técnicas de que los buques en que haya de prestarse el servicio dispongan de 390 plazas de pasajeros en camarote (120 camarotes, de los cuales 2 camarotes deben estar acondicionados para personas con discapacidad y sus acompañantes). Tales exigencias, según el criterio de la recurrente, son contrarias a la libertad de concurrencia dado que sólo la actual compañía explotadora de ambas líneas dispone de buques con las características exigidas, siendo además innecesarias para la prestación del servicio atendiendo a la duración de los trayectos que fija en cinco horas y quince minutos, para el que parte de Almería y en cuatro y media para el que lo hace desde Málaga.

Por su parte, el órgano de contratación rebate las anteriores argumentaciones indicando que la exigencia de los mencionados buques no impide a la recurrente participar en la licitación, toda vez que podría haberlo hecho acreditando la adquisición de la disponibilidad de los buques necesarios mediante contrato de fletamiento a largo plazo de conformidad con lo que dispone el apartado 2, d) de la cláusula 9 del pliego de cláusulas administrativas particulares. De igual forma, el órgano de contratación niega que la duración de los trayectos sea de cinco horas y cuarto y cuatro horas y media respectivamente para los trayectos objeto del contrato sino superiores a siete y seis horas. Por último, basándose en los datos de las Capitanías marítimas indica que la ocupación de los camarotes es intensiva en determinados días de la semana, por lo que resulta evidente la necesidad de exigirlos.

Séptimo. La cuestión debe resolverse atendiendo a dos argumentaciones fundamentales: de una parte la posibilidad de concurrir a la licitación aunque no se posea buques del tipo de los exigidos y la segunda si es o no necesaria la exigencia de que dispongan de 390 plazas de pasajeros en camarote.

La primera cuestión está de antemano resuelta pues como menciona el órgano de contratación la recurrente no ha sido privada de su posibilidad de concurrir a la licitación pues ninguna cláusula del pliego exige que la disponibilidad de los buques lo sea a título de propietario, siendo perfectamente admisible el fletamento a largo plazo, tal como se desprende de la acreditación exigida por la cláusula 9.2, letra d) del pliego de cláusulas administrativas particulares mencionada por el órgano de contratación.

La pretensión de la naviera recurrente resulta, consecuencia, inadecuada desde el punto de vista legal, toda vez que no existe obstáculo alguno que le impida presentarse a la licitación por no ser propietaria de buques con las características definidas en el pliego de prescripciones técnicas.

Octavo. Queda finalmente por resolver la cuestión relativa al número de plazas con camarote que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas. La recurrente se limita a establecer una simple presunción en el sentido de que dada la duración de los trayectos la exigencia del número de camarotes indicado en el pliego no está justificada. El órgano de contratación hace referencia a los datos de las capitanías marítimas, que no detalla,

de los se desprende una utilización intensiva de los camarotes en determinados días de la semana.

La cuestión de hecho no queda por tanto suficientemente acreditada por ninguna de las partes, que por otra parte tampoco han solicitado la practica de prueba alguna.

Ello no obstante, siendo la recurrente quien niega la justificación de la exigencia del número de camarotes indicado podría y debería haber basado su argumentación en algún medio de prueba con más entidad acreditativa que una mera presunción basada en la duración de los trayectos que ni siquiera es reconocida por el órgano de contratación. Esta ausencia de esfuerzo probatorio por parte de la recurrente no puede ni debe ser suplido por la actuación de oficio de este Tribunal que debe resolver reconociendo la falta de fundamentación de la pretensión articulada por la recurrente y, en consecuencia, desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por Don A.B.A., en representación de NAVIERA ARMAS S.A., con fecha 19 de mayo de 2011, contra el pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir la adjudicación del Contrato de gestión de servicios de la línea marítima de interés público Málaga-Melilla y Almería -Melilla, publicados el 3 de mayo de 2011 en la Plataforma de Contratación del Estado, confirmando la validez de la cláusula 3.2 del pliego de prescripciones técnicas impugnada al no haberse acreditado la falta de justificación de la exigencia que en ella se contiene en cuanto al número de camarotes de que deben disponer los buques utilizados para cubrir los trayectos objeto de la licitación.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 313 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.