



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

ASUNTO: CUESTIÓN DE NULIDAD EN RELACIÓN CON LA CONVOCATORIA DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, EN LA MODALIDAD DE CONCESIÓN, DENOMINADO: “CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EXPLOTACIÓN DEL AUTOBÚS TURÍSTICO EN GRANADA”, A ADJUDICAR POR PROCEDIMIENTO ABIERTO (REFERENCIA EXPEDIENTE 148/2014 de Contratación).

Recurrente: RJ Autocares S.L.

En Granada, a 12 de enero 2015.

Vista la cuestión de nulidad interpuesta por la entidad RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado: “Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada”, el Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

I. La Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Granada, en su sesión ordinaria celebrada el día **veinticuatro de octubre de dos mil catorce**, adoptó, el acuerdo siguiente:

*“Se somete seguidamente, por urgencia, expediente **núm. 148/2014** de Contratación relativo a la **aprobación de pliegos del procedimiento abierto para la adjudicación del “contrato de gestión del servicio público de explotación del autobús turístico en Granada”, en la modalidad de concesión** procediéndose, a tenor de lo dispuesto en el artículo 152.3 del Reglamento Orgánico Municipal, a la previa declaración de urgencia que es **aprobada** por unanimidad, pasándose a continuación a examinar el fondo del asunto:*

Visto expediente relativo al contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, a adjudicar por procedimiento abierto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y conforme con la propuesta del Teniente de Alcalde Delegado de Personal, Servicios Generales,

ASUNTO: Cuestión de nulidad interpuesta por la entidad RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado: “Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada”



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

Organización, Contratación y Compras, la Junta de Gobierno Local por unanimidad acuerda:

***Primero.-** A los efectos de lo establecido en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el objeto del presente contrato se justifica por la necesidad de favorecer el transporte con fines turísticos, fomentando la visita de los turistas a los puntos singulares de especial interés turístico de la ciudad.*

***Segundo.-** Completado el expediente de contratación número 148/2014 del Área de Contratación, relativo al contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado "Contrato de gestión del servicio público de explotación del autobús turístico en Granada", a adjudicar por procedimiento abierto, se procede a la aprobación del mismo y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación."*

II. El día 6 de noviembre de 2014 se publica la licitación del presente expediente de contratación en el Boletín Oficial de la Provincia.

III. El día 24 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro General del Excmo. Ayuntamiento de Granada cuestión de nulidad presentada por "RJ Autocares S.L."

IV. Con fecha 26 de noviembre de 2014, se requiere al Servicio de Contratación la remisión del expediente de contratación así como un informe en el que conste una enumeración sucinta de los hechos, disposiciones aplicables, motivación de la decisión adoptada y cualesquiera otras alegaciones que quiera realizar el órgano gestor del expediente y un listado en el que consten todos los licitadores del procedimiento con los datos precisos para notificaciones, incluida una dirección de correo electrónico.

V. Con fecha 18 de diciembre se da traslado todos los licitadores que concurrieron al procedimiento a los efectos de que conforme al artículo 5.2 del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, puedan formular alegaciones.

ASUNTO: Cuestión de nulidad interpuesta por la entidad RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado: "Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada"



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

VI. Por parte de la UTE Granada Tour City Sightseeing se presentan alegaciones con fecha 24 de diciembre de 2014 de entrada en el Registro del Excmo. Ayuntamiento, por las que se insta la desestimación de la cuestión de nulidad planteada por RJ Autocares S.L.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. La cuestión de nulidad se ha interpuesto contra la convocatoria de la licitación del contrato basándose en la omisión del requisito de la publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, que constituye uno de los actos susceptibles de cuestión de nulidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37. 1. 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):

Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros serán nulos en los siguientes casos:

a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.

En éste sentido el Tribunal de Contratos en sesión de fecha 16 de diciembre acordó la admisión de la cuestión de nulidad al concurrir todos los extremos para ello.

SEGUNDA. Procede, habida cuenta de la argumentación expuesta por el interesado, entrar a analizar la naturaleza del contrato en cuestión, pues éste, aunque con muy escasa motivación plantea la inclusión de la prestación dentro de los contratos de servicios, así se deduce de lo indicado por el mismo en la página 4 de es escrito párrafo segundo.

El informe del órgano gestor indica al respecto que,

ASUNTO: Cuestión de nulidad interpuesta por la entidad RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado: "Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada"



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

“Tal y como consta en el expediente, el contrato objeto de licitación ha sido calificado como de gestión de servicios públicos, al tratarse el servicio cuya gestión se licita, de una competencia municipal, tal y como se recoge en la cláusula 2 del Anexo I al pliego de cláusulas administrativas particulares, y ello atendiendo a lo estipulado en el artículo 8 del TRLCSP, cuando señala que “El contrato de gestión de servicios públicos es aquel 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”.

En este sentido, los contratos de gestión de servicios públicos no aparecen en el TRLCSP, como contratos que puedan considerarse sujetos a regulación armonizada, puesto que tal y como señala el artículo 13.1 de la citada norma “Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro y los de servicios comprendidos en las categorías 1a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sean igual o superior.....”.

***Segunda:** El recurrente califica el contrato como de servicios, y lo incluye en la categoría 27 “Otros servicios” del Anexo II del TRLCSP, categoría en la que en ningún caso podría estar sujeto a regulación armonizada, puesto que dicha consideración se reserva, como ya se ha indicado en el apartado anterior, a los contratos de servicios incluidos en las categorías 1 a 16 del citado Anexo, que superen ciertos umbrales.*

Conforme a lo anteriormente expuesto y en cumplimiento de lo señalado en el artículo 142 del TRLCSP, la convocatoria objeto de cuestión de nulidad únicamente debía publicarse en el BOP y en el Perfil de contratante, tal y como se ha hecho, y tal y como consta en el expediente, por lo que se entiende, por la que suscribe, que el procedimiento seguido, ha cumplido escrupulosamente lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como sus normas de desarrollo, con respeto absoluto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.”

Procede traer a colación aquí tanto el marco normativo español y la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operativo de la explotación, en el contrato ahora recurrido se indica:

Pliego de cláusulas Administrativas Particulares:

ASUNTO: Cuestión de nulidad interpuesta por la entidad RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, denominado: “Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada”



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

“Cláusula 12. Riesgo y ventura.

La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto en el artículo 215 del TRLCSP.”

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige, como condición sine qua nom, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada. Así, el TJUE, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) afirma que:

De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

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.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Merece destacar aquí el **informe 65/11, de 1 de marzo de 2012. Calificación de los contratos cuyo objeto es la prestación del servicio de transporte escolar.**

“Clasificación de los contratos. 2.1.3 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos administrativos. Contratos de suministro. 2.1.5 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos administrativos. Contratos de servicios.

ANTECEDENTES.

Los presidentes de las organizaciones empresariales Federación Nacional Empresarial de Transporte en Autobús (FENEBUS) y Asociación Nacional de Empresarios de Transporte en Autocares (ANETRA) y se dirigen a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando conocer si se mantiene el criterio expresado en el informe de 17 de noviembre de 2003, expediente 40/03, en el que se indicaba que los contratos que tienen por objeto el transporte escolar han de calificarse como contratos de gestión de servicios públicos. Aun cuando los escritos que dirigen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen fecha diferente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, procede su acumulación al coincidir en la consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se somete a la consideración de esta Junta Consultiva versa sobre la calificación de los contratos cuyo objeto es el transporte escolar, con referencia a si el criterio expresado por la misma es susceptible de variación.

2. Es conocido que el criterio de esta Junta Consultiva es susceptible de variación cuando las normas que han de aplicarse sean diferentes por haber cambiado las mismas, opción que



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

también puede suceder si se producen cambios normativos originados por la promulgación de normas de la Unión Europea que no son susceptibles de transposición por parte de los Estados miembros, como sucede en la promulgación de Reglamentos comunitarios que constituyen el Derecho unificado de la misma.

3. En ambos expedientes tramitados se observa que se han promulgado otras normas, ya que en el año 2003 regía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ahora rige el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que en sus artículos 8 y 132 indica la definición y requisitos propios del contrato de gestión de servicios públicos, y que en el ámbito de la Unión Europea se ha adoptado un Reglamento por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), el cual ha sido modificado por Reglamento (CE) Nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.

En este Reglamento la novedad normativa consiste en que es el Vocabulario CPV quien determina en que categoría, de las que se detallan respecto de cada una de ellas en función de los epígrafes o códigos descriptivos de los diferentes servicios que se plasman en el Anexo II del texto refundido, cuestión que ya ha sido expresada en el informe 2/11, de 28 de octubre de 2011. Procede por tanto conocer si en el Anexo II, en los servicios de transporte de viajeros en autobús está incluido tal servicio, lo que se acredita en la categoría 2, Servicios de transportes por vía terrestre (1), incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo, código 60000000-8, Servicios de transporte (excluido el transporte de residuos); código 60100000-9, Servicios de transporte por carretera; código 60112000-6 (1), Servicios de transporte por la vía pública; y código 60130000-8 (1), Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera.

Así, en función de tales referencias de la Nomenclatura CPV, los contratos que corresponden a los epígrafes citados han de considerarse como contratos de servicios.

4. Sin embargo, la Directiva 2004/18/CE distingue entre contratos de servicios y concesiones de servicios, que las define en su artículo 1.4 para luego declararlas excluidas del ámbito de la Directiva, pero sí incluidas en el ámbito del Tratado, correspondiendo en nuestra normativa a los contratos de gestión de servicios públicos. Se definen las concesiones de servicios 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



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

De cuanto se señala procede afirmar que el transporte escolar será calificado como contrato de gestión de servicios públicos si el contratista cumple tal opción, es decir soporta con carácter exclusivo el riesgo derivado de su explotación, identificándose como una concesión de servicios y, en caso contrario, si por parte del órgano de contratación se interviene para asumir parte del riesgo vinculado a su explotación, deberá ser calificado como contrato de servicio, aplicándose, respecto de cada uno las normas correspondientes.

5. A lo expuesto deben incorporarse las consideraciones que se expresan en el informe 65/08, de 31 de marzo de 2009, y en el informe 12/10, de 23 de julio de 2010, sobre diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

En el informe 65/08 se expresa con detalle el criterio de la Junta Consultiva:

“2. En el primero de los mencionados se sentaba el criterio de que para gestionar de forma indirecta un servicio público es preciso que éstos “tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”.

Esta circunstancia exige que la explotación pueda hacerse siguiendo criterios empresariales que implican la existencia de un nivel de riesgo determinado que la Ley específica señalando que en la concesión “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura” (arts. 156 a) de LCAP y 253 a) de LCSP). Es decir asumiendo el riesgo de pérdida que comporta toda explotación de negocio.

Resulta así que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

Sentado lo anterior, resulta claro que para establecer la verdadera naturaleza jurídica del contrato a que se refiere la consulta de la Dirección General de Tributos es preciso conocer el contenido de sus cláusulas reguladoras. En el caso que nos ocupa se incorpora el Pliego de cláusulas Administrativas Particulares en el que se configura inicialmente el contrato como un supuesto de gestión indirecta de un servicio público a través de la figura concesional, puesto que se somete a determinados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (el contrato se adjudicó en 2003) que rigen precisamente esta figura (caso de la duración o del procedimiento de adjudicación, en que se hace referencia expresa a los artículos de dicha Ley que regulaban esta modalidad). Incluso se afirma en la cláusula VIII.5 que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del adjudicatario.

Sin embargo, las anteriores referencias no son suficientes para calificar el contrato como una concesión de servicios públicos, pues falta el elemento fundamental de asunción del riesgo.

En efecto, la simple alusión a la circunstancia de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista no implica necesariamente la configuración del mismo como concesión, pues hay que distinguir entre la asunción del riesgo de la explotación del servicio que se produce cuando se gestiona siguiendo el régimen de la concesión y el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta un contrato. El primero de ellos depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión, pues el rendimiento de ésta depende de la propia forma en que el concesionario gestiona el servicio. Por el contrario en los contratos administrativos en general, el riesgo asumido por el contratista es el que deriva de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o de su propio error de cálculo al hacer su oferta. En todo caso, el precio se pacta como retribución de una prestación cuyo destinatario es el propio órgano contratante, aún cuando el beneficiado directo por ésta puedan ser los particulares. Este mismo precio, a mayor abundamiento, se fija exclusivamente en función de los costes del contrato más el margen de beneficio y no en atención al mayor o menor número de usuarios del servicio.

Pues bien, el análisis de las características del contrato analizado nos lleva a la conclusión de que, cualquiera que sea la configuración dada por el órgano de contratación, evidentemente en él no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, pues ni se exigen inversiones al contratista, ni asume la gestión del servicio como propia, ni se hace depender la retribución de la intensidad de uso del contrato limitándose el



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

pliego a fijarlo en el abono de una cantidad fija (3,10 €) por metro cuadrado objeto de conservación.

En consecuencia es criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que el contrato objeto del presente informe debe ser considerado como un contrato de servicios.

En el informe 12/10 se manifiesta

“... cual es el establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste.

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

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

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

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio” (art. 1.4).



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

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

- a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.*
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.*
- c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.*

El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”), artículo 251, (“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”) y artículo 253: (“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio este asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio deber ser



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

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

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “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” (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

Cuando no sea así, es decir cuando la prestación no pueda incluirse dentro de ninguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley, el contrato, si reúne los requisitos del artículo 19.1 b) lo que ocurrirá normalmente si se trata de la asunción de la gestión de una actividad considerada como propia de la competencia de la Administración contratante, deberá ser calificado como contrato administrativo especial.

3. Una consideración de especial importancia ha de realizarse sobre los contratos de gestión de servicios públicos en tanto se vinculan expresamente con las concesiones de servicios, como es que para que puedan ser calificados como tales es requisito imprescindible que el carácter de servicio público haya sido especificado en una norma vigente, exigencia que se describe en el artículo 116 de la Ley: “Antes de proceder a la contratación de un servicio



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”, precepto que impide que se acuda a la figura de concesión de servicio de manera indiscriminada.”

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que tienen por objeto el transporte escolar al estar acreditado que se cumplen los requisitos que especifica el artículo 132 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y coincide con el concepto expresado en el artículo 8, deberá ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, pero si no es así, y se produce por parte del órgano de contratación la intervención en el mismo en cualquiera de sus aspectos o contenidos, el contrato deberá ser calificado como de servicios.”

El interesado, en el presente caso, no analiza siquiera someramente como ya se ha indicado las razones que le llevan a concluir que la prestación que nos ocupa sea un contrato de servicios, pero si debemos en nuestro caso analizar si la misma implica riesgos económicos para el concesionario. Analizando el anexo I del pliego administrativo vemos que por un lado el contratista ha de abonar a la Administración Municipal un canon y la financiación del servicio cláusula 4 “Régimen Económico de la Concesión” y por otro la forma de éste obtenga el “precio” por el servicio es únicamente a través de las tarifas que perciben de los usuarios.

Así las cosas para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable, en el presente caso de la lectura las condiciones contractuales, básicamente todo el riesgo se desplaza al concesionario, del análisis del pliego de prescripciones técnicas se deduce igualmente tal circunstancia hasta tal punto que los derechos y obligaciones del concesionario



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

que se recogen en el artículo 15 depositan en el contratista la responsabilidad de la gestión del servicio con todo detalle al describir de forma pormenorizada sus obligaciones y derechos.

Por ello el riesgo de la gestión lo asume la entidad adjudicadora de tal forma que se transfiere al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación.

Por otra parte también debe recordarse, como ya se ha apuntado en el presente dictamen que, en el marco de un contrato de servicios, el contratista obtiene una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora no el derecho a recaudar una remuneración de terceros, tal circunstancia basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que, además, la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011(Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado 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».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«Si bien el modo de remuneración es 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



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

se trate. 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 (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada ».

Por todo ello, tal y como se plantea por el Poder Adjudicador en el presente caso, la configuración del contrato fundamentalmente en el pliego de prescripciones técnicas particulares y en el Anexo I del PCAP, en particular tanto la forma de gestión del servicio que asume de forma –indirecta- el contratista como el régimen económico del mismo la regulación de las tarifas a abonar por los usuarios y el canon a abonar a la Administración hay, en consecuencia, transferencia del riesgo de la explotación al contratista, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de la cuestión de nulidad debe ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos.

TERCERA. Despejada la naturaleza de la prestación que nos ocupa, el interesado además de calificarlo como contrato de servicios lo incluye dentro de la categoría 27 del anexo II del TRLCSP, esto es, “Otros Servicios”, lo cual, en contra de su propio criterio, lo excluye de los contratos sujetos a regulación armonizada, artículo 16 del TRLCSP:

“Contratos de servicios sujetos a una regulación armonizada: umbral.

1. 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 las siguientes cantidades:



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

a) 134.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del Anexo II en la letra b) de este artículo.

b) 207.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración General del Estado, sus organismos autónomos o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o cuando, aún siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el Anexo II.

2. En el supuesto previsto en el artículo 88.7, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la compra de servicios iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

Por tanto, en contra de la pretensión del propio recurrente, éste, de ser admisible jurídicamente la calificación del contrato como servicios, no estaría sujeto a regulación armonizada, por las razones expuestas.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

PRIMERO. Desestimar la cuestión de nulidad interpuesta por la mercantil RJ Autocares S.L., contra la convocatoria del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de



AYUNTAMIENTO DE GRANADA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

DICTAMEN 6/2014

concesión, denominado: “Contrato de gestión del servicio público de explotación del Autobús Turístico en Granada”.

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 y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 10, letra k) del apartado 1) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.