

Recurso 51/2022
Resolución 195/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 25 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEIAN, S.C.A.** contra los acuerdos de inicio y aprobación del expediente y los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de las escuelas municipales infantiles «Cervantes» y «Fuentezuelas» del Patronato Municipal de Asuntos Sociales”, promovido por el Patronato Municipal de Asuntos Sociales de Jaén, Organismo adscrito al Ayuntamiento de Jaén (Expte. pmas 18/21), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de enero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. Asimismo, consta en el anuncio publicado en el perfil que el 26 de enero de 2022 se envió el anuncio de licitación para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 3.033.182,88 euros y entre las entidades que han participado en la licitación figura la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. El 12 de febrero de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por CEIAN, S.C.A. (CEIAN en adelante) contra los acuerdos de inicio y aprobación del expediente de contratación y los pliegos.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

El 4 de marzo de 2022, este Tribunal dictó resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la entidad recurrente en su escrito de impugnación.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 9 de marzo de 2022, se confirió trámite de alegaciones a los



interesados por plazo de cinco días hábiles, con traslado del escrito de recurso, sin que conste que se hayan recibido en el plazo legal concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez el Patronato Municipal de Asuntos Sociales de Jaén no ha manifestado que el Ayuntamiento del citado municipio, al que se halla adscrito, disponga de órgano propio o a través de la Diputación Provincial respectiva para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, hemos de examinar si la recurrente goza de legitimación para la interposición del recurso especial por ostentar un interés legítimo en los términos previstos en el artículo 48 de la LCSP; precepto que, pese a la amplitud de sus términos, exige una afectación en los derechos o intereses legítimos de los interesados para la utilización de esta vía especial de impugnación. Dice así en su párrafo primero: *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».*

En el supuesto analizado, la recurrente ha presentado oferta en la licitación y funda su legitimación en que es la actual adjudicataria del contrato; circunstancia esta que por sí sola no atribuye un interés legitimador para la interposición del recurso contra los pliegos del nuevo contrato, pues ello supondría admitir que la eventual pérdida de la condición de adjudicatario de un contrato anterior como consecuencia de la convocatoria y tramitación de una nueva licitación legitima sin más para la interposición de un recurso contra los nuevos pliegos.

No obstante, el hecho de haber licitado avala de algún modo y en sentido amplio su legitimación respecto a aquellos motivos del recurso que se proyectan sobre la tramitación del procedimiento de adjudicación e incluso sobre la ejecución del contrato; no pudiendo apreciar ese interés legítimo en cuanto a aquellos alegatos basados en infracciones que no hayan supuesto un impedimento material para la presentación de su oferta.

Sobre esta base, y sin perjuicio de las puntualizaciones que pueda efectuar este Tribunal al abordar el examen de los motivos del recurso, debe reconocerse legitimación a la recurrente.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los acuerdos de inicio y aprobación del expediente y contra los pliegos de un contrato calificado en los mismos como de servicios, con un valor estimado superior a 100.000 euros y convocado por ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, debe admitirse el recurso contra los pliegos al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

En lo que afecta a los acuerdos de inicio y aprobación del expediente, los mismos no son actos de trámite cualificados susceptibles de recurso especial independiente, sin perjuicio de que una eventual estimación del



recurso contra los pliegos determine, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP, la anulación de los citados acuerdos.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...).”

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 28 de enero de 2022, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 12 de febrero de 2022 en el registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: Alegaciones de las partes.

Alegaciones de la recurrente.

CEIAN solicita la anulación de los actos impugnados y funda su pretensión en los siguientes motivos:

1. La contratación no se tramita electrónicamente, lo que provoca su nulidad de pleno derecho, vulnerándose lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.
2. El contrato se califica en los pliegos como de servicios si bien hay transferencia de riesgo operacional para el contratista al hacerse depender el precio de la demanda de plazas que exista en cada momento. Ello provoca que el procedimiento y régimen jurídico a seguir sea el de la concesión de servicios, y no el aplicable a los servicios.
3. La resolución de aprobación del expediente de 21 de enero de 2022 no hace alusión a los miembros de la mesa y tampoco se alude a la formación de un comité de expertos pese a que los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor superan el umbral del 50%.
4. Existen irregularidades en la previsión de documentación a incluir en los sobres.
5. La cláusula 29 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sobre obligaciones del adjudicatario no se refiere a las previstas en el artículo 312 de la LCSP sobre especialidades de los contratos que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.
6. La cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) sobre instalaciones, medios y equipos no detalla el inventario de mobiliario y equipos que se entregan al adjudicatario, máxime cuando el mobiliario existente es del actual contratista que es la propia recurrente.



Alegaciones del órgano de contratación:

Se alza frente a los alegatos del recurso y señala, a modo de antecedente, que la recurrente impugnó judicialmente un acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Jaén, de 19 de enero de 2021, por el que se declaró nulo un previo acuerdo de modificación y prórroga del contrato para la gestión del servicio municipal de las escuelas infantiles Cervantes y Fuentezuelas adjudicado a la Sociedad Cooperativa Andaluza "CEIAN" y en el que, asimismo, se decidió el inicio de los trámites de una nueva licitación. El recurso contencioso-administrativo interpuesto y la medida cautelar solicitada por CEIAN fueron judicialmente desestimados.

Asimismo, el órgano de contratación esgrime que *«la empresa recurrente tiene un contrato por el cual cobra una cantidad inalterable cada mes, con independencia del número de niños/as que ocupen plaza efectiva en cada una de las escuelas infantiles y durante el mes de agosto que las escuelas están cerradas por vacaciones percibe el 75% de la mensualidad y por el contrario las otras dos empresas que gestionan dos escuelas más que tiene el Patronato Municipal de Asuntos Sociales del Excmo. Ayuntamiento de Jaén, perciben una cantidad por plaza ocupada al mes y el mes de agosto que está cerrado por vacaciones no perciben nada, del mismo modo que se ha planteado la licitación que nos ocupa.*

(...)

Teniendo en cuenta que en la EMI Cervantes de las 107 plazas disponibles en los meses de Enero y febrero de 2022 hay ocupadas 38 plazas, y en la EMI Fuentezuelas de las 105 plazas disponibles, en Enero había ocupadas 84 plazas y en febrero 86, si bien la empresa percibe conforme al contrato vigente, la totalidad de las plazas, estén o no ocupadas.

La diferencia existente entre el contrato en vigor de la SCA Ceian y el contrato que tienen las otras dos empresas que gestionan las escuelas y el que resultará de esta licitación equivale a 17.050,77 € mensuales en EMI Cervantes y de 1.751,61 € y 1.110,19 € en Enero y Febrero de 2022, respectivamente, a favor de la empresa actual.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que mientras más tiempo permanezca el servicio de las dos escuelas gestionado conforme al contrato en vigor y no conforme a las condiciones incluidas en la licitación que se está tramitando, el beneficio para la empresa que las gestiona actualmente será proporcional al tiempo transcurrido, con las variaciones que pudiese haber si hay más o menos niños/as matriculados»

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el primer motivo del recurso.

En un primer alegato, CEIAN combate que la presente licitación no es electrónica y ello hace desaparecer las garantías de imparcialidad, transparencia y respeto al interés general, debiendo subsanarse dicho defecto en los pliegos con una nueva redacción que incluya la presentación electrónica de las ofertas, incluida la tramitación del procedimiento.

Frente al alegato, nada opone el órgano de contratación en su informe al recurso.

Pues bien, aunque la presentación de ofertas haya sido manual como se indica en el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante, ello no ha impedido a CEIAN participar en el procedimiento. Desde esta perspectiva, la infracción que denuncia no le ha originado un perjuicio cierto y efectivo y carecería de interés legítimo para invocar la nulidad de los pliegos por tal circunstancia. No obstante, como quiera que el motivo se articula tomando en consideración no solo el momento de la presentación de las ofertas sino toda la tramitación de la licitación, procede su examen.



La disposición adicional decimoquinta de la LCSP establece en su apartado 3 que *“La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente disposición adicional.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas en los siguientes casos:

a) Cuando, debido al carácter especializado de la contratación, el uso de medios electrónicos requeriría herramientas, dispositivos o formatos de archivo específicos que no están en general disponibles o no aceptan los programas generalmente disponibles.

b) Cuando las aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.

c) Cuando la utilización de medios electrónicos requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación.

d) Cuando los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos”.

La norma legal se refiere, pues, a la utilización de medios electrónicos en lo relativo a la presentación de las ofertas y solicitudes de participación, no haciendo extensivo expresamente su mandato a todos los trámites del procedimiento de adjudicación. Así pues, si bien el órgano de contratación ha infringido claramente la norma legal al prever en el anuncio la presentación manual de la oferta sin justificación del impedimento para su presentación electrónica, ello no ha imposibilitado a la recurrente formular su proposición -como ya hemos señalado- ignorándose el perjuicio que le ha provocado esta infracción del pliego. Por tanto, en puridad, carecería de interés legítimo para esgrimir dicho motivo de impugnación; debiendo desestimarse el resto del alegato en los términos en que se ha formulado, habida cuenta de la dicción literal de la disposición adicional citada cuyo ámbito se circunscribe a la presentación electrónica de las ofertas.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el segundo motivo del recurso.

En un segundo alegato, CEIAN esgrime error en los pliegos al calificar jurídicamente el contrato como de servicios; y ello, por cuanto considera que se trata de una concesión de servicios en la que existe transferencia del riesgo operacional al contratista, en la medida que el precio del contrato depende de la demanda de plazas existente en cada momento.

Pues bien, lo primero que se observa es que el alegato parece construido con el único ánimo de invocar error en la determinación de la naturaleza jurídica del nuevo contrato, sin que CEIAN manifieste oposición alguna a esa supuesta transferencia de riesgo, ni invoque la misma como perjuicio efectivo a sus intereses empresariales. Es más, ni siquiera cita las cláusulas de los pliegos que, a su juicio, determinan el error en la calificación jurídica del contrato, pues la única mención realizada en el escrito de recurso es a la cláusula 31 del PCAP, referida a la ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista y que nada tiene que ver con el riesgo operacional propio de la concesión de obras y de servicios. Así, el riesgo y ventura es un principio general aplicable a todo contrato administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la LCSP, que no se identifica con el riesgo operacional definido en el artículo 14 del citado texto legal para la concesión de obras e igualmente aplicable a la concesión de servicios conforme al artículo 15 de la norma legal.

No obstante, tampoco el órgano de contratación defiende la calificación jurídica del contrato que realizan los pliegos; es decir, no argumenta que el contrato licitado responda a la categoría jurídica de un servicio público,



limitándose a justificar por qué ha variado el sistema de pago del precio en la contratación proyectada respecto a la vigente y centrando su argumentación en el beneficio económico que para la recurrente supone mantenerse más tiempo en la ejecución del contrato actual.

Así, las cosas y pese a la exigua argumentación del recurso, vamos a abordar la cuestión para dejarla zanjada y de este modo evitar potenciales impugnaciones futuras.

Tras un examen de los documentos contractuales por este Tribunal, toda vez que la recurrente no identifica siquiera la cláusula del PCAP que prevé el sistema de pago mensual por número de plazas ocupadas, se observa que el Anexo II del citado pliego, bajo la denominación “Modelo de proposición económica”, establece que el licitador «*SE COMPROMETE*

En nombre propio o de la empresa: tomar a su cargo el citado contrato con estricta sujeción a los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria, comprometiéndome a llevar a cabo el objeto del contrato por 320,71 €/mes, por cada una de las plazas ocupadas durante los meses de Septiembre a Julio, ambos inclusive, de cada año de contrato».

Pues bien, el objeto del contrato es «*la prestación del servicio de las Escuelas Municipales Infantiles "Cervantes y Fuentezuelas" del Patronato Municipal de Asuntos Sociales*» (cláusula 4 del PCAP), con un valor estimado de 3.033.182,88 euros «*calculado en la forma determinada en el artículo 101 de la LCSP 2017, habiendo tenido en cuenta el valor global estimado de la totalidad de los lotes, calculado multiplicando el número total de plazas de cada escuela infantil, por el importe fijado por la Dirección General competente en materia educativa de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, 320,71 € y a su vez multiplicado por 11 meses cada año, puesto que el mes de agosto los centros permanecen cerrados*». Asimismo, en la cláusula 6 se señala que el presupuesto base de licitación asciende a 3.033.182,88 euros, el cual opera como límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación; y en la cláusula 8 se prevé un plazo de ejecución de cuatro años a partir del 1 de septiembre de 2022 sin posibilidad de prórroga.

En cuanto a las obligaciones del contratista, hemos de destacar, entre otras, las mencionadas en la cláusula 29 del PCAP cuando establece que «*(...) vendrá obligado a satisfacer todos los gastos que la empresa deba realizar para el cumplimiento del contrato, como son los generales, financieros, de seguros, transportes y desplazamientos, materiales, instalaciones, honorarios del personal a su cargo, de comprobación y ensayo, tasas y toda clase de tributos, el IVA, el impuesto que por la realización de la actividad pudiera corresponder y cualesquiera otros que pudieran derivarse de la ejecución del contrato durante la vigencia del mismo, sin que por tanto puedan ser éstos repercutidos como partida independiente*».

Por otro lado, el PPT contempla como objeto del contrato del servicio público licitado, los servicios de atención socioeducativa, de comedor escolar y los complementarios relativos a servicios médico pediátrico, de asistencia psicológica o extraescolares; y como obligaciones del adjudicatario, entre otras:

1. Contar con el personal mínimo que marque la normativa vigente y con personal no cualificado para los servicios de cocina, limpieza, servicios generales etc., debiendo ajustar este personal en función de las variaciones en el número de plazas ocupadas.

2. Conservar las instalaciones en perfecto estado y asumir la reposición, reparación o sustitución del mobiliario o enseres deteriorados y adquirir los que procedan por necesidades de ampliación o implantación de nuevos servicios o actividades que surjan; sin derecho a indemnización por causa de averías, pérdidas o perjuicios ocasionados en la explotación del servicio.



3. Asumir la plena responsabilidad del buen fin de la prestación del servicio, siendo el único responsable, tanto frente al Patronato Municipal de Asuntos Sociales como frente a terceros, de los daños, perjuicios y accidentes que pudieran ocasionarse durante la explotación del servicio.

Del contenido expuesto de los pliegos se desprende que el servicio público licitado (de escuelas municipales) comprende un objeto amplio con servicios esenciales y complementarios dirigidos al alumnado, prestado con los medios personales del contratista quien asume, frente al Patronato y terceros, la entera responsabilidad por los daños derivados de la explotación del servicio, sin derecho a indemnización por las potenciales pérdidas o perjuicios que dicha explotación le depare. A cambio de ello, el contratista percibirá un precio mensual por plaza ocupada ascendente a 320,71 euros, a excepción del mes de agosto.

Así las cosas, el contratista no tiene garantizada la percepción de una cantidad fija mensual, pudiendo fluctuar el precio que perciba en función de las plazas efectivamente ocupadas, corriendo por su cuenta y riesgo las eventuales pérdidas que esas variaciones puedan generarle, sin que el órgano de contratación le compense en modo alguno por aquellas y respondiendo el adjudicatario en todo momento frente al Patronato y terceros de cualquier daño derivado de la explotación. Ciertamente el órgano de contratación pone a disposición del contratista las instalaciones, local, mobiliarios y enseres para la prestación del servicio (artículo 5 del PPT), pero a partir de ese momento la empresa se responsabiliza de su mantenimiento preventivo y correctivo, incluyendo la reposición, reparación y sustitución del equipamiento deteriorado (artículo 7 del PPT).

Sobre esta base, podemos concluir -a falta de otros datos y argumentos aportados por el órgano de contratación en defensa de la calificación jurídica de contrato de servicios que hacen los pliegos- que el contratista asume riesgo en la explotación del servicio en el sentido que prevé el artículo 14.4 de la LCSP (precepto aplicable a la concesión de obras, pero igualmente a la concesión de servicios por virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del texto legal), cuyo tenor es el siguiente: *«El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.*

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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».

Por lo demás, este es el criterio asentado por este Tribunal en supuestos similares. Así, en nuestra Resolución 216/2014, de 10 de noviembre, bajo el marco normativo anterior pero con identidad de contenido normativo en lo que respecta al riesgo operacional, señalamos lo siguiente respecto a un contrato calificado como gestión del servicio público de escuela infantil municipal (figura jurídica contractual extinguida en el nuevo marco legal e integrada en la actual de concesión de servicios):

«No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha



tipificado el contrato como gestión indirecta de servicio público mediante la modalidad de concesión (...)

La adecuada tipificación del contrato como gestión de servicios públicos [actualmente, contrato de concesión de servicios] o servicios es una cuestión que ya ha sido abordada con profusión por este Tribunal en sus Resoluciones 176/2014 y 182/2014, de 25 de septiembre y 190/2014 de 3 de octubre, donde se recogía, a su vez, el criterio de otros Tribunales administrativos de recursos contractuales con apoyo en la doctrina comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (v.g. Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, y 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero, y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

En concreto, el Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sostiene, a propósito de un contrato calificado por el órgano de contratación como gestión del servicio público de hemodiálisis mediante concierto, que dicha calificación exige como condición sine qua non la transferencia de riesgo al contratista. En tal sentido, el Acuerdo alude a abundante jurisprudencia comunitaria, de la que destacamos las siguientes sentencias:

- Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, 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 y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.*

- Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio 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 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.*

(...)

No es determinante, como hemos indicado en otras ocasiones, que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio.

El Ayuntamiento no aporta ninguna cantidad al concesionario por lo que el contrato no sólo no tiene ningún coste para el mismo, sino que además supone un ingreso para el Ayuntamiento a través del pago del canon a que se obliga el adjudicatario y sobre el cual pivota la oferta económica que ha de realizar cada licitador.

En un contrato similar, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus resoluciones 94/2014, de 24 de junio y 130/2014, de 16 de julio, tuvo en cuenta, meramente a efectos interpretativos, la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el



marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 2013, (Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea), a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas, donde se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el demanda.

(...)

Por otro lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (...) 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, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada.

(...)

En el contrato que analizamos, podríamos considerar que sí existe un riesgo de demanda ya que el contratista sólo percibirá las tarifas abonadas por los usuarios del servicio sin que el Ayuntamiento le asegure o abone una cantidad adicional fija con independencia del nivel de ocupación de las plazas, sin que esté garantizada la probabilidad de que la totalidad de las plazas ofertadas se cubran y sin que el Ayuntamiento se comprometa a abonar las tarifas correspondientes a las plazas que no se cubran. Esto significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

Este riesgo tiene una repercusión económica importante pues la totalidad del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los padres mediante precio público.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores existentes, debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de gestión de servicio público».

Procede, pues, la estimación del alegato en cuanto a la calificación jurídica del contrato como concesión de servicios a la vista de la regulación de los pliegos, por lo que procede anular estos a fin de que los mismos se adecúen al régimen jurídico de la citada figura contractual.



OCTAVO: Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el tercer motivo del recurso.

En un tercer alegato, la recurrente esgrime que la resolución de aprobación del expediente de 21 de enero de 2022 no hace alusión a los miembros de la mesa y tampoco se alude a la formación de un comité de expertos pese a que los criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor superan el umbral del 50%.

Nada opone el órgano de contratación frente a tal alegato.

Pues bien, CEIAN se limita a denunciar tal circunstancia sin invocar qué norma legal se infringe. Al respecto, en lo que se refiere a la composición de la mesa de contratación, el artículo 63.5 (perfil de contratante) y la disposición adicional segunda, apartado 7 (Competencias en materia de contratación de las entidades locales), ambos preceptos de la LCSP, establecen que la composición de la mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente. Por tanto, el alcance de la obligación legal afecta a la publicación de la composición de la mesa en el perfil, lo que parece coherente con los deberes de publicidad y transparencia de la actividad de los órganos de contratación a través del citado perfil; no extendiéndose dicha obligación a la mención de la composición del órgano colegiado en la resolución aprobatoria del expediente, como alega la recurrente.

Por otro lado, respecto al comité de expertos, CEIAN da por sentado que procede su intervención al superar la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor la de los criterios de evaluación automática y denuncia que la resolución de aprobación del expediente no alude tampoco a dicho comité.

Pues bien, ciertamente el artículo 146. 2 a) de la LCSP determina que intervenga un comité de expertos en la valoración de las proposiciones con arreglo a criterios sujetos a juicio de valor cuando la ponderación de estos sea superior a la de los criterios de evaluación automática. Ahora bien, en el supuesto analizado, la redacción de la cláusula 13 del PCAP da a entender que solo se han establecido criterios sujetos a juicio de valor, sin que la proposición económica se haya previsto como criterio de evaluación automática pues, entre otras cosas, el modelo del Anexo II al PCAP no da margen para ofertar un precio mensual por plaza ocupada que sea inferior al definido en el citado pliego. Así las cosas, y sobre la base de que todos los criterios definidos en el PCAP están sujetos a juicio de valor, su ponderación supone el cien por cien de la puntuación asignada a los criterios, lo que determina que deba intervenir en la valoración de las ofertas con arreglo a los mismos el comité de expertos.

Sentado lo anterior, la solución que se impone es la misma que ya se ha señalado respecto a la composición de la mesa, pues los preceptos legales anteriormente señalados determinan que se publique en el perfil la designación de los miembros del comité de expertos, obligación que no se extiende a la indicación de dicha designación en la resolución aprobatoria del expediente, como reclama CEIAN.

Con base en lo expuesto, el alegato debe desestimarse. No obstante, en caso de convocarse nueva licitación como consecuencia de la estimación siquiera parcial de este recurso, el órgano de contratación debiera tener en cuenta esta obligación de publicidad en el perfil que se ha expuesto.

NOVENO: Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el cuarto motivo del recurso.

El cuarto alegato del recurso denuncia irregularidades en la documentación a incluir en los sobres, formulándose en los siguientes términos: *«Dispone la cláusula 15 del Pliego que las ofertas se presenten en dos sobres (habría de ser archivos electrónicos), conforme a lo dispuesto en el art. 157 LCSP.*



En el sobre 1 obliga a incluir documentación administrativa y criterios que dependen de un juicio de valor ...“como se indica en la cláusula número 13 del presente pliego”.

En el sobre 2 “OFERTA TECNICA Y ECONOMICA” obliga a incluir toda la documentación relativa a los criterios de adjudicación, que se indica en la cláusula nº 13 del presente pliego”.

Dado que la cláusula nº 13 establece los criterios de adjudicación y desempate y que estas (sic) han de incluirse en ambos sobres, como se desprende de la cláusula nº 15, aportando gravemente inseguridad jurídica y permitiendo puntuar criterios subjetivos tanto en el sobre 1 como en el nº 2, deberá subsanarse dicha circunstancia, de forma que el pliego exponga con suficiente claridad que los criterios subjetivos de valoración se presenten en sobre separado y con apertura anterior del sobre que contenga los criterios objetivos, declarándose la nulidad del presente pliego mientras dicho vicio no quede subsanado con respeto al ordenamiento jurídico.

La cláusula 17 del pliego no aclara cómo se abrirán los sobres y que ha de hacerse en actos separados y cómo se valorará cada uno de los sobres. Además el Pliego ha de concretar cómo se alcanza la franja de puntuación de cada apartado, sin dejar margen a la arbitrariedad, no siendo ajustado a derecho señalar apartado con una puntuación máxima (hasta 5 puntos, o hasta 2 puntos) sin que quede determinado los criterios que provocan otorgar una u otra puntuación».

La recurrente esgrime, en síntesis, que la cláusula 13 del PCAP establece los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y que la cláusula 15 prevé que la documentación relativa a dichos criterios habrá de incluirse en los sobres 1 y 2, lo que permitirá *«puntuar criterios subjetivos tanto en el sobre 1 como en el nº 2»*. En tal sentido, alega que *«deberá subsanarse dicha circunstancia, de forma que el pliego exponga con suficiente claridad que los criterios subjetivos de valoración se presenten en sobre separado y con apertura anterior del sobre que contenga los criterios objetivos, declarándose la nulidad del presente pliego mientras dicho vicio no quede subsanado con respeto al ordenamiento jurídico»*.

Asimismo, sostiene que la cláusula 17 del PCAP *«no aclara cómo se abrirán los sobres y que ha de hacerse en actos separados y cómo se valorará cada uno de los sobres. Además el Pliego ha de concretar cómo se alcanza la franja de puntuación de cada apartado, sin dejar margen a la arbitrariedad, no siendo ajustado a derecho señalar apartado con una puntuación máxima (hasta 5 puntos, o hasta 2 puntos) sin que quede determinado los criterios que provocan otorgar una u otra puntuación»*.

Frente al alegato expuesto, el informe al recurso no señala argumentos específicos de oposición.

Para abordar la cuestión, hemos de reproducir las cláusulas del PCAP denunciadas en el recurso.

La cláusula 13 (bajo la denominación «Criterios de adjudicación y desempate») establece:

«Para la adjudicación del contrato se tendrán en cuenta los criterios de adjudicación recogidos en el Informe Técnico, sujetos a juicio de valor, que se detallan a continuación, cuya documentación se incluirá en el SOBRE I de "Documentación Administrativa y criterios que dependen de un juicio de valor" como se indica en la cláusula 15: La valoración de las proposiciones se realizará en base a los siguientes apartados; con una puntuación máxima de 42 puntos.

A. Proyecto Educativo y de Gestión. Criterio de valoración cuya ponderación depende de un juicio de valor (Hasta 22 puntos).



El licitador deberá aportar un proyecto por cada uno de los lotes a los que licita.

Definirá los objetivos particulares a alcanzar, partiendo de la realidad del Centro y tomando como referencia los principios que orientan la educación infantil y las correspondientes prescripciones del currículo, regulados en el Decreto 428/2008, de 19 de julio. Asimismo, contendrá las normas organizativas y funcionales que faciliten la consecución de dichos objetivos y la conciliación entre la vida laboral y familiar de los padres, madres o personas que ejerzan la tutela de los niños y niñas.

El citado proyecto, deberá contener, los apartados que se relacionan en el artículo 18 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo, por el que se regulan los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil, a cada uno de los cuales se asignara la ponderación referida de entre los 22 puntos a asignar:

- a) Líneas generales de actuación pedagógica y asistencial. Hasta 3 puntos*
 - b) Coordinación y concreción de los contenidos curriculares articulados en una propuesta pedagógica específica. Hasta 3 puntos*
 - c) Medidas específicas de atención a la diversidad del alumnado. Hasta 2 puntos*
 - d) El plan de orientación y acción tutoría. Hasta 2 puntos*
 - e) Procedimiento para el traslado a los padres, madres o personas que ejerzan la tutela, de la información sobre la evolución, maduración e integración social y educativa de los niños y niñas que estén bajo su representación legal, así como para facilitar y fomentar su participación y colaboración en las actividades del centro. Hasta 1,5 puntos*
 - f) La organización de los espacios, instalaciones y recursos materiales del centro. Hasta 3 puntos*
 - g) La organización de los servicios del centro, teniendo en cuenta las necesidades de las familias. Hasta 2 puntos*
 - h) La organización del cuidado y atención del alumnado. Hasta 2,5 puntos*
 - i) Los procedimientos de evaluación interna. Hasta 1 puntos*
 - j) Los criterios y procedimientos que garanticen la transparencia y el rigor en la toma de decisiones por los órganos de gobierno del centro, especialmente en los procedimientos de escolarización del alumnado. Hasta 2 puntos.*
- La extensión máxima del Proyecto de Educativo y de Gestión no podrá superar las 50 páginas a una cara. Tamaño de papel DIN A4, cuerpo de letra Arial, tamaño 12. El interlineado utilizado en el documento deberá ser adecuado para permitir su correcta lectura. Se advierte a los licitadores que la presentación de un proyecto que exceda del citado límite, se desestimar.*

B. Mejoras Adicionales al Pliego de Prescripciones Técnicas. (Máximo 10 puntos)

La empresa licitadora puede introducir mejoras a las presentadas en su Proyecto de Funcionamiento y Gestión del Centro.

- a) Servicio de Logopedia. 2 puntos*
- b) Servicio de Psicomotricidad y Estimulación Precoz. 2 puntos*
- c) Taller de Iniciación a las Nuevas Tecnologías. 2 puntos*
- d) Programa de Bilingüismo. 2 puntos*
- e) Taller de iniciación a la música .lpunto.*
- f) Campaña Anual de Divulgación para Promoción y Difusión del Centro. 1 punto.*

La acreditación de estas mejoras, se realizara a través de proyecto específico de cada una, con una extensión máxima que no podrá superar las 5 páginas a una cara. Tamaño de papel DIN A4, cuerpo de letra Arial, tamaño 12. El interlineado utilizado en el documento deberá ser adecuado para permitir su correcta lectura.

C. Cualificación de Personal destinado a las Escuelas objeto de esta licitación. (máximo 5 puntos)

Aparte de las titulaciones mínimas exigibles se valorara como mejora y se concederán puntos por cada profesional que disponga de las titulaciones que coincidan con las indicadas o equivalentes, valorándose de forma no repetitiva, no pudiéndose conceder más de 2 puntos a la misma titulación.

- Grado en pedagogía.*



- Grado en logopedia
- Grado en educación especial.
- Grado en enfermería.

Se puntuará la contratación a media jornada (1 punto) o a jornada completa (2 puntos), no computándose jornadas inferiores a efectos de aplicación del baremo, la contratación de dos profesionales de distinta categoría con dedicación a media jornada es equivalente a la contratación de un profesional con dedicación a jornada completa. La acreditación de esta formación se realizará mediante la aportación de la documentación de la titulación, formación realizada o certificación de la misma.

D. Experiencia acreditada en la prestación del servicio de Escuela Infantiles, a partir del 5º año. (máximo 5 puntos).
Por cada curso escolar completo gestionado en todas sus dimensiones, en una escuela infantil, sumará 0,5 puntos, solo cursos completos.

Se acreditará mediante la correspondiente certificación».

La cláusula 15, bajo la denominación « contenido de las proposiciones», establece:

«Los licitadores deberán presentar la proposición de acuerdo con el artículo 157 de la LCSP 2017 en DOS SOBRES.

Los sobres se presentarán cerrados y firmados por el licitador o persona que lo representa haciendo constar en cada uno de ellos su respectivo contenido y el nombre del licitador, su domicilio social, teléfono y correo electrónico a efectos de notificaciones, así como la denominación del contrato al que oferta(...).

SOBRE N°. I - Documentación Administrativa y criterios que dependen de un juicio de valor.

El Sobre incluirá declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP 2017.

En este sobre también se incluirán los criterios que dependen de un juicio de valor, como se indica en la cláusula n° 13 del presente pliego.

SOBRE N°. II — Oferta Técnica y Económica

El sobre incluirá toda la documentación relativa a los criterios de adjudicación, que se indica en la cláusula n° 13 del presente pliego.

La oferta se ajustará al modelo que se adjunta como ANEXO II de este Pliego (...).

La cláusula 17, bajo la denominación «Examen de las proposiciones, propuesta de adjudicación y publicidad», establece:

«De acuerdo con lo previsto en el artículo 157 de la LCSP 2017, la Mesa de Contratación procederá en primer lugar a calificar la documentación del sobre n° 1. Si se aprecian defectos subsanables se concederá al empresario un plazo de máximo TRES DÍAS HÁBILES para que los corrija.

Una vez calificada la documentación del sobre n° 1 y realizadas las subsanaciones si fuere el caso, la Mesa de Contratación procederá en acto público a la apertura del Sobre n° 2, informando a los asistentes de las proposiciones recibidas, así como de la calificación de la documentación y seguidamente solicitará informe técnico valorando las ofertas presentadas.

Recibido el informe técnico de valoración de las ofertas, la Mesa de Contratación elevará propuesta de adjudicación al órgano de contratación».



Del contenido de las citadas cláusulas del PCAP se extrae lo siguiente:

1. La cláusula 13 prevé los criterios de adjudicación y solo se refiere a criterios sujetos a juicio de valor. En tal sentido refiere literalmente: *«Para la adjudicación del contrato se tendrán en cuenta los criterios de adjudicación recogidos en el Informe Técnico, sujetos a juicio de valor, que se detallan a continuación, cuya documentación se incluirá en el SOBRE I de "Documentación Administrativa y criterios que dependen de un juicio de valor».*

2. De conformidad con las cláusula 13 y 15, los licitadores presentarán un sobre I (documentación administrativa y criterios que dependen de un juicio de valor) y un sobre II (oferta técnica y económica). Respecto a este último sobre, la cláusula 15 indica que el mismo incluirá toda la documentación relativa a los criterios de adjudicación de la cláusula 13 que, como se ha indicado antes, solo son criterios sujetos a juicio de valor.

3. Conforme a la cláusula 17, el contenido del sobre 1 parece ir solo referido a la documentación administrativa pues la cláusula menciona la calificación de la documentación de este sobre, término este el de *«calificación»* que va referido a la documentación administrativa o acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (véase el artículo 326.2 de la LCSP); y el contenido del sobre 2 parece referirse a los criterios de adjudicación sin distinguir entre sujetos a juicio de valor y de evaluación automática.

Pues bien, a la vista de lo expuesto, parece claro que existe error y confusión en el PCAP en lo que afecta al contenido de los sobres por varios motivos:

-No queda claro si el sobre I solo ha de contener documentación administrativa (cláusula 17) o también la relativa a criterios sujetos a juicio de valor (cláusula 15).

- No queda claro si el sobre II solo ha de contener la oferta económica o también habría de incluir los criterios sujetos a juicio de valor de la cláusula 13, pues así se infiere del tenor de la cláusula 15 e incluso de la cláusula 17 que, al referirse al sobre II alude a las proposiciones en general. Esto último supondría una clara vulneración del artículo 157.2 de la LCSP en cuanto prescribe la presentación en sobres separados de la documentación relativa a criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática, aunque en el supuesto examinado tal infracción parece que no se produciría al haberse establecido solamente en el pliego criterios sujetos a juicio de valor (los de la cláusula 13).

En cualquier caso, haya o no infracción del artículo 157 de la LCSP, lo cierto es que la redacción de las cláusulas 15 y 17 del PCAP es confusa y genera inseguridad jurídica a los licitadores a la hora de preparar y presentar sus proposiciones pues no conocen con claridad qué documentación hay que presentar en cada sobre. Procede, pues, la estimación de este alegato.

DÉCIMO: Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el quinto motivo del recurso.

El alegato quinto del recurso denuncia que la cláusula 29 del PCAP sobre obligaciones del adjudicatario no se refiere a las previstas en el artículo 312 de la LCSP sobre especialidades de los contratos que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

El alegato no puede prosperar. La cláusula 4 del PCAP señala expresamente que se trata de un contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a la ciudadanía de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 de la LCSP. Por tanto, el pliego hace mención a la naturaleza pública del servicio licitado y a la expresa aplicación del artículo 312 del texto legal, no siendo necesario reproducir el contenido del precepto para que el mismo resulte de aplicación.



UNDÉCIMO: Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el sexto motivo del recurso.

Por último, en el alegato sexto del escrito de impugnación, CEIAN aduce que La cláusula 5 del PPT sobre instalaciones, medios y equipos no detalla el inventario de mobiliario y equipos que se entregan al adjudicatario, máxime cuando el mobiliario existente es del actual contratista que es la propia recurrente.

Nada opone el órgano de contratación frente al alegato.

Pues bien, la dicción literal de la cláusula impugnada es la siguiente: *«El Patronato Municipal de Asuntos Sociales pone a disposición del adjudicatario del contrato las instalaciones y el local ubicado en C/ Carrera de Jesús nº22, 23004 Jaén y en C/ Fuente de la Zarza nº2, 23006, Jaén de esta ciudad, el mobiliario o enseres necesarios para la prestación del servicio en buen estado de conservación y uso (...)».*

Se observa que no se detallan en la cláusula o en un anexo al PPT los bienes que se ponen a disposición del nuevo contratista, lo que impide que los licitadores conozcan el alcance de la obligación que asumen en cuanto al mantenimiento de dicho equipamiento y la reposición del que pueda resultar necesario para la ejecución del contrato. Debiera, pues, concretarse el contenido de la cláusula con la relación concreta de mobiliario y enseres que se ponen a disposición del contratista; y ello, por motivos de seguridad jurídica y transparencia para que se conozca la dimensión real de las obligaciones que pueden tener que asumir los licitadores, en caso de resultar adjudicatarios.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser parcialmente estimado lo que determina la anulación de los actos impugnados y de todos los demás del expediente relacionados con su aprobación, debiendo promoverse en su caso una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CEIAN, S.C.A.** contra los acuerdos de inicio y aprobación del expediente y los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio de las escuelas municipales infantiles «Cervantes» y «Fuentezuelas» del Patronato Municipal de Asuntos Sociales”, promovido por el Patronato Municipal de Asuntos Sociales de Jaén, Organismo adscrito al Ayuntamiento de Jaén (Expte. Pmas 18/21); y en consecuencia, anular los citados actos debiendo en su caso promoverse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 4 de marzo de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

