

Recurso 149/2019**Resolución 194/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 19 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A.** contra el acuerdo de adjudicación, de 30 de marzo de 2019, relativo al contrato “Concesión del servicio público de la Escuela Infantil Municipal Pinocho en Luque (Córdoba)” (Expte. ECSP/01/2018, Gex: 481/2018), convocado por el Ayuntamiento de Luque (Córdoba), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 21 de enero de 2019 se publicó en el en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 470.523,56 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la



recurrente.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento, el 30 de marzo de 2019, el Pleno de la Corporación municipal acordó adjudicar el contrato anteriormente mencionado a la entidad SANTAGADEA GESTION AOSSA, S.A. (en adelante AOSSA). El acuerdo fue publicado en el perfil de contratante y remitido a la entidad ahora recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 4 de abril de 2019.

CUARTO. El 23 de abril de 2019, la entidad KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A. (KOALA, en adelante) presentó en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de 24 de abril de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre aquel y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal con fecha 3 de mayo de 2019.

Por parte de la Secretaría del Tribunal, el 7 de mayo de 2019, se solicitó al órgano de contratación determinada documentación complementaria necesaria para la resolución del recurso. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal el 9 de mayo de 2019.



SEXTO. Mediante escritos de 28 de mayo de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad AOSSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Luque no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Procede determinar ahora si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.



En este sentido la calificación del presente contrato conforme se dispone en el pliego de cláusulas administrativas particulares es la de concesión de servicios, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado asciende a 470.523,56 euros.

Sobre lo anterior, el artículo 44.1 c) de la LCSP establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los actos que se refieran a los siguientes contratos: “c) *Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros*”. A la vista de lo anterior, resulta que en principio los actos relacionados con el presente contrato no son susceptibles de recurso especial al no superar el mismo el umbral establecido en el mencionado precepto de la LCSP.

Sin embargo, la entidad KOALA indica que el acto es recurrible mediante la interposición del recurso especial al ser el objeto de la licitación un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 470.523,56 euros.

Por otro lado, en su informe al recurso el órgano de contratación manifiesta que la recurrente en algunas partes de su escrito califica el contrato como “concesión de servicios” y en otras como “servicios” por lo que considera que esta -la recurrente- ha modificado de forma arbitraria y parcial y a los únicos efectos de poder interponer el recurso especial en materia de contratación la tipificación del contrato como de servicios, aunque de su naturaleza se desprende que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios.

En este sentido, el órgano de contratación solicita a este Tribunal que inadmita el recurso al ser el valor estimado del procedimiento de licitación inferior al umbral legalmente establecido en la LCSP para que se pueda interponer recurso especial en materia de contratación.



Sobre lo anterior, se debe destacar el hecho de que no consta que la entidad recurrente KOALA haya impugnado los pliegos de la licitación que atribuyen al contrato la calificación de concesión de servicios, por lo que no puede ahora en fase de adjudicación, cuando el resultado de la misma no le beneficia, alterar dicha calificación a los efectos de poder acceder a esta vía de recurso que de otro modo le estaría vedada por razón de la cuantía del contrato.

Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *“pacta sunt servanda”* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que califican el contrato como concesión de servicios.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En este sentido, este es el criterio que, a *sensu contrario*, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador,



tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), en la que se indica que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consientan una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando cuestiones relativas a la configuración de los pliegos, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que en la Resolución 49/2017, de 20 de enero, concluye en un supuesto muy similar al presente que: *«Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional a que se refiere la Sentencia del TJUE de 12 de marzo 2015 (asunto C-538/13)»*.

En consecuencia al haberse interpuesto el recurso con relación a un contrato no susceptible de recurso especial por razón de su cuantía según establece el artículo 44.1.c) de la LCSP, concurre causa de inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del mencionado texto legal,



siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del presente recurso de conformidad con el artículo 23 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos en que el mismo se sustenta.

A mayor abundamiento, con relación a la calificación jurídica de la presente licitación como contrato de concesión de servicios y en lo relativo a la transferencia al concesionario del riesgo operacional en su explotación, procede indicar que este se infiere de la cláusula 7 del PCAP que indica -de forma sintetizada en lo que aquí interesa- lo siguiente:

- En ningún caso el adjudicatario podrá exigir al Ayuntamiento de Luque que se haga cargo de las cuotas impagadas, ya proceda el impago de las familias o de las Administración educativa.

- El presupuesto o tipo mínimo de licitación se establece en 1.855,18 euros/anuales, por cada uno de los años de concesión. Dicho canon puede ser mejorado al alza.

Dicho importe constituye el canon mínimo que el adjudicatario del contrato deberá abonar al Ayuntamiento de Luque como contraprestación al derecho a gestionar y, explotar el servicio y las instalaciones municipales afectas al mismo, así como percibir los ingresos o rendimientos económicos procedentes de dicha concesión durante el plazo de la misma. El concesionario asumirá en todo caso el riesgo económico de la actividad.

- El concesionario asumirá la financiación de la explotación de manera que todos los gastos que se originen como consecuencia de la misma serán de su exclusiva cuenta.

- El Ayuntamiento de Luque no avalará ninguna operación financiera ni participará de ninguna forma en la financiación de la explotación ni asegurará al



concesionario una recaudación o rendimiento mínimo ni tampoco tendrá la obligación de otorgar subvención de ninguna clase para la gestión del servicio. Todos los gastos de formalización de la concesión serán de cuenta de la empresa concesionaria.

CUARTO. Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 44.6 de la LCSP dispone que *“Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”*, por lo que en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y con el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KOALA SOLUCIONES EDUCATIVAS, S.A.**, contra el acuerdo de adjudicación, de 30 de marzo de 2019, relativo al contrato “Concesión del servicio público de la Escuela Infantil Municipal Pinocho en Luque (Córdoba)” (Expte. ECSP/01/2018, Gex: 481/2018), convocado por el Ayuntamiento de Luque (Córdoba), al haberse interpuesto contra un acto no susceptible del mismo.



SEGUNDO. Remitir el escrito interpuesto a la entidad contratante a los efectos que, en su caso, procedan.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO. Notificar 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.

