

Recurso 43/2019**Resolución 203/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 25 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SODEXO IBERIA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento para la adjudicación de la “Concesión de dominio público para la explotación de servicio de cafetería de personal y público del Hospital Universitario de Puerto Real, previa adecuación necesaria de infraestructuras de hostelería y dotación de equipamiento preciso, así como instalación y explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en el Área Hospitalaria de Puerto Real” (Expte. CDP. 10007/2018), convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz del Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 8 de enero de 2019 se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 4, el anuncio de la licitación por procedimiento abierto de la concesión indicada en el encabezamiento. Asimismo, el 24 de enero de 2019, se publica en el citado Boletín con el núm. 16 corrección de errores del mencionado anuncio de licitación, relativa al importe de la garantía definitiva.



La duración de la concesión es de doce años, siendo el canon de 24.000,00 euros anuales para el local comercial y de 1.200 euros por unidad y año para las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas. Asimismo, entre quienes presentaron proposiciones en el procedimiento de licitación no se encontraba la entidad ahora recurrente, todo ello según consta en el expediente remitido por el órgano de contratación.

SEGUNDO. Con fecha 6 de febrero de 2019, se presenta en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad SODEXO IBERIA, S.A. (en adelante SODEXO) contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación de la concesión de dominio público mencionada en el encabezamiento de esta resolución. Dicho recurso se ha tramitado con el número 43/2019.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 7 de febrero de 2019, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el informe sobre el mismo, el expediente de contratación, las alegaciones a la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de entidades licitadoras en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación solicitada fue recibida en el Registro de este Tribunal el 15 de febrero de 2019.

CUARTO. Por Resolución de este Tribunal, de 21 de febrero de 2019, se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por SODEXO.

QUINTO. Con fecha 28 de febrero de 2019, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado dentro del plazo mencionado la entidad MEDITERRÁNEA DE CATERING, S.L.U. (en adelante MEDITERRÁNEA).



SEXTO. En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante 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.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que *«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 examinado, la recurrente afirma que su legitimación activa deriva de que los pliegos impugnados así como la prohibición de subcontratación contenida en el documento de aclaración de dudas, le causan un perjuicio directo, dado que respectivamente la falta de publicación de los mismos en el perfil de contratante le han retrasado el conocimiento del expediente y le impiden participar en el procedimiento.



En este sentido, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la misma, por lo que queda acreditada la legitimación de aquella para recurrir pues precisamente las bases de esta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones, sin que sea posible admitir las alegaciones de la entidad MEDITERRÁNEA sobre falta de legitimación de la empresa ahora recurrente.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos 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.

El recurso se dirige contra los pliegos que rigen el procedimiento de licitación de una concesión para el uso privativo de bienes de dominio público, siendo esta la calificación jurídica otorgada por el órgano de contratación. Al respecto, la recurrente discute tal extremo, dando por sentado que la figura jurídica es la de la concesión de servicios regulada en la LCSP, sujeta al recurso especial. En el informe al recurso el órgano de contratación sostiene que estamos en presencia de una concesión demanial, no siendo la misma, a su juicio, susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 44.1 de la LCSP. En el mismo sentido que el órgano de contratación se pronuncia la entidad MEDITERRÁNEA.

Así pues, en la medida que el órgano de contratación y la entidad interesada cuestionan la sujeción de la concesión al recurso especial, ha de abordarse este extremo.

En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o



contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios de la cafetería y de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación (v.g. Resolución 276/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Asimismo, en línea con lo anterior, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2018, de 30 de mayo, ha establecido en su conclusión primera que *«En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato.»*.

En dicho sentido, se ha pronunciado asimismo el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 49/2017, de 15 de febrero, que en lo que aquí interesa dispone que *«Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial. (...) sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La calificación del contrato como administrativo en razón*



al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.».

En el supuesto examinado, conforme a lo establecido en el apartado 1 “Naturaleza y extensión de la necesidad” de la memoria justificativa y económica, de 19 de noviembre de 2018, la calificación del contrato como administrativo no ofrece duda alguna pues el fin público perseguido esto es, la asistencia sanitaria se incluye expresamente como causa del contrato. Dice así dicho apartado «*La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía establece en su artículo 18 que la Administración Sanitaria Pública de la Comunidad Autónoma, a través de los recursos y medios de que dispone el Sistema Sanitario Público de Andalucía, desarrollará, entre otras, las actuaciones relacionadas con la asistencia sanitaria, tanto en los niveles de atención primaria como de asistencia especializada, y la prestación de los productos farmacéuticos, terapéuticos y diagnósticos necesarios para promover, conservar o restablecer la salud.*

Por su parte, el artículo 43 define el Sistema Sanitario Público de Andalucía como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculadas a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud, a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y la atención sanitaria. Conforme al artículo 45, dicho Sistema está compuesto por los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el Servicio Andaluz de Salud o adscritos al mismo.

Concretamente, dispone el artículo 65 que el Servicio Andaluz de Salud, bajo la supervisión y control de la Consejería de Salud, desarrollará las funciones de gestión y administración de los centros y de los servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica y funcional; prestación de asistencia sanitaria en sus centros y servicios sanitarios; y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el desarrollo de las funciones que le están encomendadas.

Como parte del ejercicio de esas funciones, en el presente caso se trata de ofrecer a los usuarios y al personal del centro hospitalario las prestaciones propias de un servicio de hostelería y restauración sin abandonar las dependencias de este, por carecer el centro hospitalario de los medios humanos y de los recursos materiales necesarios para desarrollar directamente tal actividad. Igualmente, proporcionar el servicio de venta al por menor de bebidas y alimentos sólidos en máquinas expendedoras a los pacientes,



familiares, usuarios y personal del hospital. El objeto de la presente concesión será ofertado a la totalidad».

En este sentido, la finalidad de dar servicio a los usuarios y al personal del hospital, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, descritas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), son claros e inequívocos indicios de la naturaleza administrativa del contrato que se examina.

Establecida la naturaleza contractual de la actividad de explotación de servicio de cafetería para los usuarios y el personal del Hospital Universitario de Puerto Real, así como la instalación y explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, procede determinar su régimen jurídico y en virtud del mismo, si el contrato está o no sujeto al recurso especial en materia de contratación. Al respecto, en la explotación de los citados servicios lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato administrativo, aun cuando el mismo comprenda implícitamente la ocupación de un espacio físico dentro del recinto hospitalario.

Así pues, una vez descartada la calificación de la figura como concesión demanial, debe analizarse si procede considerarla como contrato de servicios o de concesión de servicios. En tal sentido, la jurisprudencia europea a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, asunto Privater). Asimismo, este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones



276/2018, de 4 de octubre, 85/2017, de 18 de febrero y 41/2016, de 18 de febrero, entre otras) ha recalificado contratos analizando la distinción entre un servicio y una concesión de servicios.

Al respecto, el artículo 5 de la Directiva de concesiones -y con una redacción prácticamente idéntica los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP-, dispone que *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Asimismo, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP- cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), 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 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 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 de servicios 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*.

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de servicios. En este sentido, lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explotación o «riesgo operacional» a la entidad adjudicataria; es decir, si la empresa contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.

Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato. Al respecto, en la cláusula 11 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se regulan las obligaciones de la empresa contratista para la prestación del servicio, donde esta asume gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 197 de la LCSP. No obstante, la entidad contratista sí asume las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación.

Asimismo, el riesgo de demanda debe valorarse para establecer el tipo contractual en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección, en cuanto a demandar o no los servicios de cafetería y de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas. Así las cosas, en el presente supuesto puede considerarse que sí existe riesgo de demanda, dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten dichos servicios en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas.



En efecto, los usuarios y el personal del hospital no están obligados a utilizar los servicios de cafetería y de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, la cifra de potenciales clientes es incierta, no están garantizados los previsibles ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas de tal forma que no lleguen a garantizar la inversión que es preciso realizar y la entidad contratista está obligada a la prestación del servicio aun cuando no le resulte rentable, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista.

En definitiva, de todo lo dispuesto en los pliegos ha de concluirse que la entidad contratista deberá explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros.

En efecto, el órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de inversión y de explotación son superiores a los estimados.

En este sentido, se ha pronunciado el citado Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que en su conclusión segunda ha establecido que *«El régimen jurídico de los contratos administrativos relativos a bares o cafeterías en edificios o instalaciones públicas ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y en el nacional. En la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.»*.

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 para la explotación en el citado hospital del servicio de cafetería y de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas como de concesión



de servicios. En este mismo sentido, se han pronunciado otros órganos de revisión de decisiones en materia contractual, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Resolución 103/2017, de 20 de septiembre.

No obstante, en aplicación del artículo 44.1.c) de la LCSP, tendrán la consideración de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

En este sentido, en la licitación impugnada, el PCAP en su cláusula 2.4 dispone que *«El Valor del dominio público a ocupar estimado, es de 501.804,36 €, cuyo desglose es el siguiente: a) Cafetería: Valor del dominio público a ocupar: Superficie Cafetería: 1.095 m² x 448,44 euros/m² (precio del local en la zona) = 491.041,8 euros. b) Máquinas expendedoras: Superficie: 24 m² x 448,44 euros/m² (precio del local en la zona) = 10.762,56 euros.»*.

Sin embargo, para la determinación del valor estimado en los contratos de concesión de servicios, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 101 de la LCSP y en los apartados 2 y 3 del artículo 8 de la citada Directiva 2014/23/UE de concesiones. Estos últimos disponen que *«2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios (...).*

3. (...). Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:

a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; d) el valor de los subsidios o ventajas



financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores.».

Asimismo, el citado Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su conclusión cuarta ha dispuesto que *«El valor estimado del contrato [de concesión de servicios] no se establece en función del canon a pagar por el contratista o de una eventual subvención al funcionamiento a aportar por la Administración, sino en función del valor del negocio, lo que obliga a estimar el volumen de facturación, por el tiempo previsto de duración del contrato, más las eventuales aportaciones de la Administración en suministros eléctricos u otros.».*

En este sentido, conforme al anexo A de la memoria económica de 23 de julio de 2018, el total de los ingresos de la explotación de los servicios que se licitan se estima por el órgano de contratación en más de 15 millones de euros, y ello sin contar la eventual prórroga del contrato por un máximo de tres años, así como otros posibles parámetros previstos en los citados artículos 8.2 y 3 de la Directiva 2014/23/UE y 101 de la LCSP.

En definitiva, el objeto de la licitación es un contrato de concesión de servicios, con un valor estimado de más de tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso son los pliegos que rigen la licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.c) y 2.a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone 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 examinado, el anuncio de licitación se publicó el 8 de enero de 2019 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, habiendo tenido entrada el escrito de recurso en el Registro electrónico de este Tribunal el 6 de febrero de 2019, sin que conste en el expediente de contratación remitido que el citado anuncio se haya publicado en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En este sentido, la recurrente indica que al no publicarse el anuncio de licitación en el perfil de contratante, tuvo conocimiento de aquel el 16 de enero de 2019, día en que solicitó por correo electrónico los pliegos y la documentación necesaria para la presentación de oferta a la licitación, que le fue remitida por dicho medio el mismo día, circunstancias que acredita en documento anexo al recurso, por lo que el escrito de interposición que presenta el 6 de febrero de 2019, a su juicio, está dentro de los quince días hábiles siguientes a aquella fecha.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, tras transcribir el citado artículo 50.1.b) de la LCSP, señala que en el anuncio se especificaba expresamente que se podría acceder a los pliegos a través de una cuenta de correo electrónico, como la propia recurrente reconoce, por lo que el cómputo debe iniciarse a partir del 9 de enero de 2019, siendo indiferente a estos efectos el que la recurrente no haya tenido conocimiento de la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía hasta el día 16 de enero de 2019, finalizando el plazo el 29 de enero de 2019, resultando por ello el recurso presentado extemporáneo.

En sentido similar al órgano de contratación se manifiesta la entidad MEDITERRÁNEA que afirma que el recurso ha sido presentado fuera del plazo legalmente establecido.



Pues bien, para el análisis de la posible extemporaneidad del recurso ha de partirse de que, como se ha expuesto, el artículo 50.1.b) de la LCSP -que el propio órgano de contratación alega para justificar que el recurso se haya interpuesto fuera de plazo- dispone que el plazo ha de computarse a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado el anuncio de licitación en el perfil de contratante, circunstancia que como se ha puesto de manifiesto no ha acontecido en el supuesto que se examina.

En este sentido, al no haber habido publicación en el perfil de contratante ni posibilidad de acceso a los pliegos a través del mismo, cuando tal publicación era preceptiva teniendo en cuenta la naturaleza contractual del negocio jurídico proyectado, ha de computarse el plazo para la interposición del recurso a partir del día siguiente a aquel en que los pliegos fueron entregados al interesado, por lo que al haberse presentado el escrito de recurso el 6 de febrero de 2019 en el Registro electrónico de este Tribunal lo ha sido en el plazo legalmente establecido para ello.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas del procedimiento de licitación examinado solicitando que, con estimación del mismo, se proceda a su anulación, con retroacción de las actuaciones al momento de su aprobación a fin de que queden redactados en el sentido de acordar la tramitación del contrato como de concesión de servicios y se publique en todos los medios preceptivos, incluido el perfil del contratante, de tal manera que todas las posibles entidades interesadas puedan tener acceso a la información y al expediente.

Funda su pretensión la recurrente en los siguientes alegatos:

1. Error en la calificación del contrato y por tanto en su régimen jurídico, pues se trata de un contrato de concesión de servicio público y no de concesión de dominio público.



2. Falta de la publicación preceptiva de la licitación al amparo del artículo 63 de la LCSP.
3. Prohibición de la subcontratación derivada de un documento distinto de los pliegos y limitadora de la competencia, lo cual contradice el artículo 215 de la LCSP.
4. Publicación incompleta de la documentación relativa al personal a subrogar lo que infringe el artículo 130 LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente en los términos que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Por último, la entidad MEDITERRÁNEA, como interesada en el procedimiento, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Como se ha expuesto, en el primer motivo del recurso la recurrente denuncia la existencia de un error en la calificación del contrato y por tanto en su régimen jurídico, pues a su juicio se está en presencia de un contrato de concesión de servicios y no de una concesión de dominio público.

Por su parte, el órgano de contratación y la entidad MEDITERRÁNEA se oponen a los argumentos de la recurrente afirmando que estamos en presencia de una concesión de dominio público, siendo de aplicación a la misma conforme al régimen jurídico previsto en la cláusula 1.1.1. del PCAP, la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 276/1987, de 11 de noviembre, por el que se aprueba su Reglamento de aplicación, los preceptos básicos de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, y en cuanto a su preparación y adjudicación, en virtud de la analogía prevista en el artículo 4.1 del Código Civil, la LCSP.

Pues bien, como se ha analizado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, estamos en presencia de un contrato de concesión de servicios



al que le es de aplicación la LCSP e igualmente se rige por 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 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Procede, pues, estimar el primer motivo del recurso.

La estimación del primero de los motivos del recurso hace innecesario entrar a conocer lo alegado por la recurrente en el segundo y tercero de los mismos, en los que denuncia, respectivamente, la falta de la publicación preceptiva de la licitación al amparo del artículo 63 de la LCSP y la prohibición de la subcontratación derivada de un documento distinto de los pliegos y limitadora de la competencia, lo que contradice el artículo 215 de la LCSP, pues a la concesión de dominio público, que es la calificación del negocio jurídico según los pliegos, no le es de aplicación ambos artículos, que sí deberán ser tenidos en cuenta, entre otros, en el supuesto que el órgano de contratación persista en la obligación de cubrir en un futuro las necesidades que pretende con la actual licitación.

SÉPTIMO. Sí es necesario analizar, aunque de modo sucinto, el cuarto de los motivos del recurso en el que la recurrente denuncia la infracción del artículo 130 de la LCSP al no haberse publicado de forma completa la documentación relativa al personal a subrogar.

En este sentido, tras transcribir el apartado primero del citado artículo, manifiesta que en dicho listado no se indica ni el convenio colectivo a aplicar, ni la antigüedad o fecha de vencimiento del contrato, ni la categoría o tipo de contrato, ni jornada ni pactos en vigor, ni tan siquiera el salario bruto anual, concepto que es sustituido en el listado por “coste salarial”. Sobre ello, indica que al preguntarle por ello al órgano de contratación, este se remite al actual prestador sin aportar más datos.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que a las entidades licitadoras se les comunicó expresamente que el convenio colectivo



aplicable es el del sector de hostelería de la provincia de Cádiz. Asimismo, indica el informe al recurso que en el anexo IV del PCAP se especifica tanto la antigüedad como la categoría o tipo de contrato, así como el salario bruto anual, siendo irrelevante a estos efectos que tal concepto se denomine “coste salarial”.

Por último, indica el órgano de contratación en el informe al recurso, que a mayor abundamiento, no hay que olvidar que como establece el artículo 130.5 de la LCSP, *“En el caso de que una vez producida la subrogación los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, el contratista tendrá acción directa contra el antiguo contratista”*.

Por su parte, la entidad MEDITERRÁNEA indica que la información facilitada en el citado listado del personal a subrogar es completa.

Así las cosas, la cuestión sobre la información que ha de facilitarse sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo prevista en el artículo 130 de la LCSP, ha sido abordada por este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones 233/2018, de 2 de agosto y 271/2018, de 28 de septiembre, en esta última se dispuso lo siguiente:

«Pues bien, en relación con la información que se ha de facilitar en el PCAP sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo, ha de estarse -como alegan la federación recurrente y el órgano de contratación- al artículo 130.1 de la LCSP, que dispone en términos muy similares al derogado artículo 120 del TRLCSP -Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en lo que aquí interesa, que cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga a la entidad adjudicataria la obligación de subrogarse como empleadora en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a las entidades licitadoras, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a las que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, para lo cual la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de



empleadora de las personas trabajadoras afectadas estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

Los términos en que debe comprenderse esta obligación han sido ampliamente tratados por la doctrina de los distintos tribunales y órganos administrativos de recursos contractuales, así como por las juntas consultivas de contratación pública. En este sentido, este Tribunal se ha manifestado sobre el particular en varias de sus Resoluciones, entre otras, en la 384/2015, de 4 de noviembre, en la 15/2016, de 28 de enero, en la 251/2017, de 21 de noviembre y en la 138/2018, 10 de mayo. En ellas se hace referencia a su vez a los Informes 31/1999, de 30 de junio y 33/2002, de 23 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como al 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, concluyéndose que la obligación de subrogación en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista sucede a otro, no deriva del contrato mismo, sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate, como expresamente se recoge en el primer párrafo del citado artículo 130.1 de la nueva LCSP.

Así pues, será la futura entidad adjudicataria la que tendrá la ocasión de comprobar la documentación relativa al personal a subrogar cuando el prestador actual le facilite la información relativa a las personas trabajadoras que están prestando el servicio y, si a la vista de la misma no resultase conforme, tendrá que abordar tal asunto de conformidad con la legislación laboral vigente y ante la jurisdicción competente en su caso, determinando si resulta o no aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores o los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En este sentido, el citado artículo 130 de la LCSP en su apartado quinto ha dispuesto expresamente que, en el caso de que una vez producida la subrogación, los costes laborales fueran superiores a los que se desprendieran de la información facilitada por el antiguo contratista al órgano de contratación, la nueva adjudicataria tendrá acción directa contra la anterior entidad contratista.

En cuanto a la obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar, corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por las actuales adjudicatarias (v.g. Resolución de este Tribunal 211/2018, de 6 de julio, entre otras muchas). Así, se infiere de lo preceptuado en el apartado primero del artículo 130 de la LCSP cuando dispone que los servicios



dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a las entidades licitadoras, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a las que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por la actual adjudicataria, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicha adjudicataria estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidoras, pues ella sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta.

Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir a la adjudicataria para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego y en la normativa de aplicación para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación. En efecto, el artículo 130.1 párrafo segundo de la LCSP preceptúa que la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de las personas trabajadoras afectadas estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este; y el apartado cuarto de dicho artículo exige al órgano de contratación que contemple necesariamente en el PCAP la imposición de penalidades al contratista -dentro de los límites establecidos en el artículo 192 de la LCSP- para el supuesto que incumpla dicha obligación de información.

Por último, en cuanto al contenido y alcance de la información a facilitar, esta deberá ser toda la que fuese necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales, pudiendo remitirse a aquellos documentos o normas que permitan completar dicha información y que se encuentren a disposición de todas las entidades licitadoras. En concreto, el segundo inciso del párrafo segundo del artículo 130.1 de la LCSP dispone que como parte de esta información [sobre las condiciones de los contratos de las personas trabajadoras a las que afecte la subrogación] en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación.».



Pues bien, lo expuesto, habrá de ser tenido en cuenta por el órgano de contratación en el supuesto que persista en la obligación de cubrir en un futuro las necesidades que pretende con la actual licitación.

OCTAVO. La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en los fundamentos de derecho de esta resolución, debe llevarse a cabo anulando los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dichos fundamentos, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo en su caso convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SODEXO IBERIA, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión de dominio público para la explotación de servicio de cafetería de personal y público del Hospital Universitario de Puerto Real, previa adecuación necesaria de infraestructuras de hostelería y dotación de equipamiento preciso, así como instalación y explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas en el Área Hospitalaria de Puerto Real” (Expte. CDP. 10007/2018), convocado por el Hospital Universitario Puerta del Mar de Cádiz del Servicio Andaluz de Salud, ente adscrito a la Consejería de Salud y Familias y, en consecuencia, anular los mismos debiendo procederse en el sentido expuesto en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptado por este Tribunal en Resolución de 21 de febrero de 2019.



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.

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.

