**Recurso 175/2022**
**Resolución 308/2022**

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

Sevilla, 3 de junio de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DORNIER, S.A.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de servicio de ordenación y regulación de aparcamientos en superficie por rotación (O.R.A.) y la retirada, traslado y depósito de vehículos (Grúa)» (Expte. 2983/2021), convocado por el Ayuntamiento de Lepe (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 8 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 11 de abril de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de concesión de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 5.441.891,79 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 11 de abril de 2022.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

**SEGUNDO.** El 28 de abril de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DORNIER, S.A. (en adelante la recurrente) contra el anuncio de licitación y los pliegos. En el escrito de recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación. Dicho escrito de recurso fue remitido por el Ayuntamiento de Lepe teniendo entrada en este Órgano, junto con determinada documentación el 3 de mayo de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se le solicita que aporte el informe sobre el recurso presentado, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, no remitida anteriormente. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 17 de mayo de 2022.

El 20 de mayo de 2022 mediante resolución de este Tribunal se adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Por último, el mismo día 20 de mayo de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad APARCAMIENTOS URBANOS, SERVICIOS Y SISTEMAS, S.A.U. (en adelante AUSSA o la entidad interesada).

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 que el Ayuntamiento de Lepe (Huelva) no ha manifestado que disponga, por sí o a través de la Diputación Provincial, de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

**SEGUNDO. Legitimación.**

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. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos en un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.c) y 2.a) de la LCSP. Todo ello, sin perjuicio de lo que se expondrá a lo largo de la presente resolución.

**CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el anuncio de licitación y los pliegos fueron publicados en el perfil de contratante los días 8 y 11 de abril de 2022, respectivamente, por lo que el recurso presentado el 28 de abril de 2022 en el registro de este Tribunal, contra ambos actos, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado a) y b) de la LCSP.

**QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se declare *«la nulidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas que rigen la contratación de conformidad con lo expuesto en el presente recurso.»*.

La recurrente, en síntesis, denuncia la existencia de un error en la calificación jurídica de la contraprestación a percibir por la entidad adjudicataria. En este sentido, la recurrente para justificar la existencia del error al calificar el importe recaudado de los usuarios como prestación patrimonial de carácter público no tributario, considera que la naturaleza de las prestaciones que se contratan no son las propias de un contrato de concesión de servicios, sino de un contrato de servicios. Para ello entiende que en la prestación que se licita no existe traslación del riesgo operacional.

Una vez que entiende que estamos en presencia de un servicio, trae a colación determinadas resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central y del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, así como la contestación de la Dirección General de Tributos (DGT) a la consulta vinculante V2565-21, de 21 de octubre de 2021, presentada por ella misma, para afirmar que es evidente el error contenido en los pliegos que rigen la licitación, ya que en los mismos se establece que el importe recaudado de los usuarios del servicio que se licita tiene la consideración de prestación patrimonial de carácter público no tributario, en lugar de tasa.

Asimismo, con objeto de acreditar la consideración de tasa de la contraprestación a cobrar a los usuarios del servicio que se licita, reproduce el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, indicando que a su entender en ningún caso puede considerarse como prestación patrimonial de carácter público no tributario el importe recaudado a los usuarios del servicio, pues el estacionamiento de vehículos en la vía pública no se encuentra incluido en el listado de servicios del apartado 4 del citado artículo 20. Es más, en el apartado 3 del mismo artículo, queda expresamente determinado que dicho importe tiene en todo caso la consideración de "tasa".

Por último, afirma que, en igual sentido, la Dirección General de Tributos ha confirmado, expresamente, que la tarifa a cobrar por el servicio de la "ORA" no tiene la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sino de tasa, debiéndose por tanto anular los pliegos que rigen la licitación, realizándose unos nuevos en los que se establezca que la contraprestación económica a percibir por los usuarios son una tasa establecida mediante ordenanza municipal.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En relación con la calificación jurídica de la prestación licitada como de concesión de servicios, el informe al recurso tras una exhaustiva exposición concluye que *«cabe afirmar que el contrato tal y como se define, con sus prestaciones, obligaciones y derechos cumple los requisitos para ser calificado como un contrato de concesión de servicios, por lo que, la cantidad a abonar por los usuarios, destinatarios del mismo, tiene la conceptualización de prestación patrimonial de naturaleza no tributaria, tal y como se desprende del Informe emitido por la Coordinadora de Economía.»*.

Dicho informe, reproducido en las alegaciones del órgano de contratación al recurso, inicia su exposición indicando que tal y como manifiesta la LCSP en su exposición de motivos, sus disposiciones finales modifican la regulación de determinadas normas tributarias, en un ejercicio final por aclarar la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de obras o la prestación de servicios, gestionados de forma directa, a través de la propia Administración, o gestionados de forma indirecta, a través de concesionarios. Asimismo, señala que esta reforma legal contempla otra novedad importante estrechamente ligada a la tarifa, y es la sustitución del contrato de gestión de servicios públicos por la nueva figura contractual de concesión de servicios.

Al respecto, manifiesta que la categoría jurídica de las tarifas se ha elaborado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) iniciada con la Sentencia 185/1995 al interpretar el artículo 31 de la Constitución Española. En este sentido, para el TC, son prestaciones patrimoniales de carácter público las impuestas coactivamente, esto es, las derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público, siempre que tenga una inequívoca finalidad de interés público, de tal suerte que las prestaciones patrimoniales de carácter público encuentran su razón de ser en la coactividad; y dentro de esta categoría se puede hablar de prestaciones de naturaleza tributaria o no tributaria.

Sobre ello, para encontrar el fundamento que las diferencia, se ha de acudir a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, cuya disposición adicional primera, modificada por la LCSP, establece que tendrán la consideración de tributarias las prestaciones patrimoniales de carácter público que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley. Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general.

En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas, que teniendo tal consideración se exijan por prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado. Por tanto, en todos estos supuestos, estaremos ante tarifas y no tasas.

Acto seguido, el informe al recurso trata de desvirtuar las alegaciones de la recurrente en relación a la consulta vinculante V2565-21 y a lo expresado en el recurso en relación con el artículo 20 de la LRHL. En este sentido, en cuanto a la consulta vinculante, indica que ella está enfocada a resolver la cuestión planteada en relación con los destinatarios del impuesto sobre el valor añadido (IVA) de las prestaciones de servicios y su base imponible. Dicha contestación se intenta encuadrar por la DGT desde el supuesto de la consultante, que es el de una entidad mercantil que presta servicios de gestión de servicios municipales, y partiendo de esa consideración se contesta a la cuestión en el sentido planteado, es decir, al tratarse de un empresario o profesional están sujeto al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realice en el territorio de aplicación del impuesto. Asimismo, dice la DGT textualmente “en un supuesto análogo” y “En estas circunstancias”, para argumentar que se trata de un contrato de prestación de servicios y no de concesión, pero que en ningún caso confirma, ni expresa taxativamente, como afirma la entidad licitadora consultante, que la tarifa a cobrar por el servicio “ORA” no tenga la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sino de tasa.

Respecto del artículo 20 de la LRHL, afirma el informe al recurso que no cabe tampoco la consideración hecha por la recurrente del mencionado artículo, pues, en primer lugar, dicho precepto legal no dice expresamente que los supuestos relacionados deban estar sujetos en todo caso al establecimiento de una tasa, sino que las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, incluido el supuesto de estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse. A su entender, dicho precepto está destinado a la exigencia de una tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, en el supuesto de que sea exigida directamente por la entidad competente, ya que para el supuesto de concesiones de servicios se ha de estar a lo dispuesto en la LCSP, y en todo caso a lo regulado en la citada Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Por último, la entidad interesada 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. En concreto, en lo que aquí interesa, indica, por un lado, que es correcta la calificación del tipo de contrato recogido en los pliegos tanto por su contenido como por su naturaleza y, por otro lado que la contraprestación económica que percibirá la entidad concesionaria por la explotación del servicio, consistirá en la recaudación de las tarifas que percibirá de las personas usuarias, reguladas en las ordenanzas reguladoras de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias.

**SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.**

Primera. Prima facie, este Tribunal ha de analizar y pronunciarse sobre la calificación jurídica del contrato, sobre si se trata de una prestación de servicio como afirma la recurrente o de una concesión de servicios como defienden el órgano de contratación y la entidad interesada.

Sobre la calificación de una prestación como de servicios o de concesión de servicios, tiene este Tribunal y el resto de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual una doctrina consolidada. En este sentido, es de destacar que ya este Órgano se pronunció al respecto en su Resolución 95/2015, de 11 de marzo, en relación a un supuesto cuyo objeto era la ordenación y regulación de espacios para aparcamiento de vehículos en la vía pública en un municipio de Andalucía. Más recientemente, ya con la nueva LCSP, caben destacar las Resoluciones 414/2020, de 26 de noviembre y 195/2022, de 25 de marzo, en las que se analizaba si determinada prestación era de servicios o de concesión de servicios. En la citada Resolución 95/2015, en lo que aquí interesa, este Tribunal puso de manifiesto lo siguiente:

> «La Jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto en numerosas sentencias, de las que destacamos las siguientes:
>
> - Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Eurawasser) en la que se señala que *"El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como <<concesión de servicios>> … siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios".*
>
> - Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater). De la misma interesa resaltar los apartados 33, 34, 35, 37 y 48 cuyo tenor literal es el siguiente:
>
> *"Apartado 33. A este respecto, debe recordarse que, cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia del riesgo de explotación <<muy limitado>> por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios.*
>
> *Apartado 34. En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como ocurre con el asunto principal, sean objeto de una*

*reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen las prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado.*

*Apartado 35. En tales sectores, las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable a éste.*

*Apartado 37. A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado... que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de 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 (…)*

*Apartado 48. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones prejudiciales que, cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume el riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de gestión de sus actividades...dicho contrato debe ser calificado de contrato de concesión de servicios.".*

- Sentencia del TJUE, de 10 de noviembre de 2011, (Asunto Norma- A, Dekan) en la que se concluye, respecto a la adjudicación del servicio de transporte público por autobús urbano -en España, actividad reservada y calificada como servicio público-, que aunque la remuneración del contratista consista en el pago por los usuarios de unas tarifas establecidas, estamos ante un contrato de servicios si la entidad adjudicataria debe compensar al prestador del servicio por las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio.

Asimismo, el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que la línea diferenciadora entre ambas modalidades contractuales -servicios y gestión de servicios públicos- es trascendental, pues de ello depende la aplicación o no de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. Así, los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales comunitarios se encuentran sujetos a dicha regulación y son susceptibles de recurso especial, mientras que el contrato de gestión de servicios públicos no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, salvo concurrencia de requisitos legales tasados, tampoco es susceptible de recurso especial.

El citado informe del órgano consultivo estatal, con apoyo en la Directiva 2004/18/CE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, define como características propias de la concesión de servicios, las siguientes:

1.La contrapartida de la prestación de servicios consiste bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio.

2.La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

3.Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

4.La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

A la vista de lo expuesto, observamos que las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de la explotación por parte del concesionario, si bien ya hemos visto que lo relevante no es la entidad del riesgo en sí -pues éste puede ser limitado y escaso como ocurre en sectores relativos a actividades de servicio público-, sino que dicho riesgo se transfiera al concesionario en su totalidad o en una parte muy significativa y que la entidad adjudicataria no tenga que compensar al prestador del servicio por las eventuales pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos.

Así pues, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 204/2013, de 5 de junio, analizando, a la luz de la doctrina comunitaria expuesta, un contrato consistente en el servicio de retirada de vehículos de las vías públicas de Castellón, así como el transporte, depósito y custodia de los mismos en los locales destinados a tal fin, llega a la conclusión de que *"puede considerarse limitado el riesgo que asumirá la empresa al hacerse cargo de la adjudicación del presente contrato, pero que ello es debido a la propia configuración del servicio; por lo que es correcta la tipificación del contrato como de gestión o de concesión de servicio público"***»**.

Al respecto, resulta ciertamente ilustrativo el preámbulo de la nueva LCSP al señalar lo siguiente:

*«En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional.*

*Por otra parte, como es sabido, el contrato de gestión de servicios públicos hasta la regulación de esta Ley era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que mediante este contrato, la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado servicio público. El que gestionaba el servicio, por lo tanto, era el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio suponía el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo.*

*Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio.*

*En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba.*

*Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba, y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, quien, en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular.*

*Pues bien, en este esquema incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.*

*Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.*

*Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.*

*Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos:*

*que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se le denominan contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.»*.

Pues bien, tras el análisis efectuado sobre los requisitos de los servicios o de la concesión de servicios, ha de analizarse ahora el contrato afectado por el presente recurso especial para determinar si es o no correcta su calificación jurídica como concesión de servicios, cuestión esta que como se ha expuesto ha sido denunciada por la recurrente.

En ese sentido, el objeto del contrato, conforme a la cláusula 2.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es la siguiente: *«El presente contrato tiene por objeto la "Concesión de Servicio de Ordenación y Regulación de Aparcamientos en Superficie por Rotación (O.R.A.) y Retirada, Traslado y Depósito de Vehículos (Grúa)", con arreglo a las condiciones y características prevenidas en el Estudio de Viabilidad Económico – Financiero, elaborado por la Técnica de Administración Especial del Área Económica, (...), integrado en la Memoria elaborada para la prestación del servicio elaborada por la Comisión Técnica de Estudio, aprobados por acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno de 25 de noviembre de 2021, y en el Pliego de Prescripciones Técnicas redactado por el Jefe de la Policía Local, (...).»*.

Al respecto, el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, configura como competencia municipal:

*«b) La regulación mediante ordenanza municipal de circulación, de los usos de las vías urbanas, haciendo compatible la equitativa distribución de los aparcamientos entre todos los usuarios con la necesaria fluidez del tráfico rodado y con el uso peatonal de las calles, así como el establecimiento de medidas de estacionamiento limitado, con el fin de garantizar la rotación de los aparcamientos, prestando especial atención a las necesidades de las personas con discapacidad que tienen reducida su movilidad y que utilizan vehículos, todo ello con el fin de favorecer su integración social.*

*c) La inmovilización de los vehículos en vías urbanas cuando no dispongan de título que habilite el estacionamiento en zonas limitadas en tiempo o excedan de la autorización concedida, hasta que se logre la identificación de su conductor.*
*La retirada de los vehículos de las vías urbanas y su posterior depósito cuando obstaculicen, dificulten o supongan un peligro para la circulación, o se encuentren incorrectamente aparcados en las zonas de estacionamiento restringido, en las condiciones previstas para la inmovilización en este mismo artículo. Las bicicletas sólo podrán ser retiradas y llevadas al correspondiente depósito si están abandonadas o si, estando amarradas, dificultan la circulación de vehículos o personas o dañan el mobiliario urbano.*
*Igualmente, la retirada de vehículos en las vías interurbanas y el posterior depósito de éstos, en los términos que reglamentariamente se determine.»*.

De este modo, el Ayuntamiento de Lepe aprobó, el 31 de marzo de 2022, las ordenanzas municipales reguladoras de la prestación patrimonial de carácter publico no tributario del servicio de ordenación y regulación de aparcamiento limitado y la de los servicios de retirada de vehículos de la vía publica y depósito en dependencias municipales.

Al respecto, conforme al PCAP, el contrato tiene un plazo de duración de quince años, sin posibilidad de prorroga (cláusula 7), y su precio será el canon ofertado por la entidad adjudicataria fijándose, a tales efectos, un canon de licitación mínimo de 50.000 euros anuales (cláusula 6.2).

Asimismo, la citada cláusula 6 del PCAP, bajo el título *«Aspectos económicos del contrato»,* establece en su apartado 1 que *«La contraprestación económica que percibirá el concesionario, por la explotación del servicio, consistirá en la recaudación de las tarifas que percibirá de los usuarios, reguladas en las Ordenanzas reguladoras de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias por estacionamiento de vehículos en las zonas con limitación horaria y por los servicios de retirada, traslado y depósito de vehículos de este Ayuntamiento, que se adjuntan al presente Pliego. En los importes de las tarifas se entienden incluidos todos los tributos e impuestos, así como los gastos de toda clase que, según los documentos contractuales y la legislación vigente, sean de cuenta del adjudicatario.»*.

De otro lado, además del pago anual del canon previsto en la cláusula 18.1 del PCAP, la cláusula 21.1 de dicho pliego contempla, entre las obligaciones del contratista, amén de las específicas sobre el servicio de regulación del estacionamiento y sobre el servicio de retirada de vehículos, las siguientes:

*«a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento de los mismos, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.*
*b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía reservados a la administración.*
*c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.*
*d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.*
*e) El concesionario deberá llevar una contabilidad diferenciada de gastos e ingresos de la concesión, estando a disposición del Ayuntamiento y donde quedarán reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas.*
*f) Deberá presentar anualmente liquidación de ingresos del servicio acompañado de los estados contables auditados correspondientes al mismo y a someterse a las actuaciones de control que disponga el Ayuntamiento de Lepe en cada momento.*
*g) Obligación por parte del contratista de emitir la correspondiente factura por los servicios prestados, cuando así sea requerido por el usuario del servicio.»*.

Entre las obligaciones específicas sobre el servicio de regulación del estacionamiento, cabe destacar las siguientes:

*«1.- La empresa adjudicataria deberá contar con un seguro que cubra en su totalidad los daños a bienes, personas y terceros afectados derivados del ejercicio de su actividad, como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio.*
*2.- Instalar, conservar, reparar y reponer las instalaciones y sus materiales y accesorios.*
*3.- Efectuar las operaciones de cobro.*
*4.- Disponer en todo momento de los medios humanos y materiales previstos en los Pliegos de Condiciones y en la oferta del adjudicatario, así como proceder al pago de todos los gastos de personal, incluidos salarios, cotización a la seguridad social, así como gastos generales e impuestos. Dichos gastos estarán en consonancia con los contemplados en los convenios colectivos de estos sectores o sectores afines. Igualmente deberá cumplir con riguroso celo la normativa sobre disciplina de mercado, en materia profesional, social y en materia de seguridad y*

*salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales.*
*5.- Realizará en el horario establecido en el Pliego, las labores de control de las distintas Zonas de Vía Pública en las que se sitúen estos Servicios, manteniendo una información continua con el Ayuntamiento sobre los mismos.*
*6.- El establecimiento y mantenimiento de la señalización, tanto horizontal como vertical, necesaria para que al usuario no pueda planteársele ningún tipo de duda en la zona sometida a control. El texto, ubicación y delimitación se determinará por los servicios técnicos municipales, debiendo presentar modelos y materiales en la memoria de la propuesta correspondiente.*
*7.- Adecuación de los locales y instalaciones, y disponer de vehículos, herramientas y material de repuesto para atender sin demora la prestación del servicio en todo momento.*
*8.- Realizar el pago del papel, pegatinas y demás material necesario utilizado para el servicio.»*.

Asimismo, entre las obligaciones específicas sobre el servicio de retirada de vehículos, cabe también destacar las siguientes:

*«1.- La empresa adjudicataria deberá contar con un seguro que cubra, en su totalidad, los daños a bienes, personas y terceros afectados derivados del ejercicio de su actividad.*
*2.- Disponer en todo momento de los medios humanos y materiales previstos en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en la oferta del adjudicatario así como proceder al pago de todos los gastos de personal, incluidos salarios, cotización a la seguridad social, así como gastos generales e impuestos, o cualquier otro derivado de sus obligaciones.*
*3.- Estar a disposición permanente de los requerimientos de la Policía Local, acudiendo con la prontitud máxima cuando sea requerido, incluso en horas nocturnas y festivos.*
*4.- Conservar todos los elementos tales como instalaciones, vehículos, medios de transmisión, etc. y pago de todos los gastos que el mantenimiento lleve consigo.*
*5.- Presentar en su proposición un plan de conservación de vehículos que expresará las revisiones periódicas de los vehículos grúa de tal forma que en cualquier momento la grúa se encuentre en perfecto estado de funcionamiento y conservación. A tal fin los licitadores deberán acreditar documentalmente la disponibilidad de taller propio en la ciudad o en su defecto garantía absoluta de reparación inmediata.*
*6.- Efectuar las operaciones del cobro de tarifas, derivados del arrastre y depósito de vehículo. (...)»*.

Asimismo, el pliego de prescripciones técnicas detalla las zonas en que se prestará el servicio y el horario del mismo, pudiendo el Ayuntamiento impedir el estacionamiento en todos o algunos de los ámbitos indicados y por tanto la prestación del servicio durante determinados espacios de tiempo con motivo de nuevas ordenaciones de tráfico, interés de la circulación, fiestas, manifestaciones culturales, deportivas o de cualquier otro tipo, limpieza viaria, obras o cualquier otra actividad promovida o autorizada por el Ayuntamiento u otra administración competente, sin que tenga la empresa adjudicataria derecho a compensación económica, siempre que sea por tiempo limitado; así como reservarse la facultad de modificar los horarios por razones de interés público y de prestación de servicio.
Así las cosas, del contenido expuesto de los pliegos que rigen la contratación, se desprende que estamos ante la prestación de un servicio público por un plazo máximo de quince años, donde la persona contratista debe pagar un canon mínimo anual de 50.000 euros al Ayuntamiento, sin que la Corporación Municipal financie en modo alguno la explotación, ni asegure al contratista un rendimiento mínimo.

Así pues, la entidad adjudicataria debe explotar el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo -sin posibilidad de compensación- todos los gastos que deriven de la explotación, incluido el coste de instalar, conservar, reparar y

reponer las instalaciones y sus materiales y accesorios que sean necesarios para el buen funcionamiento del servicio, así como las consecuencias de la imposibilidad del estacionamiento en todos o algunos de los ámbitos indicados en los pliegos y por tanto la prestación del servicio durante determinados espacios de tiempo, y la facultad del Ayuntamiento de modificar los horarios por razones de interés público y de prestación de servicio.

Por otro lado, el contratista es 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, a quienes indemnizará de los perjuicios causados, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

En definitiva, pues, el Ayuntamiento de Lepe transfiere totalmente a la persona contratista el riesgo derivado de la explotación del servicio sin asumir financiación alguna. Y, si bien la entidad adjudicataria percibe los ingresos procedentes de la aplicación de las tarifas pagadas por las personas usuarias del servicio, no tiene garantizado un rendimiento mínimo por parte del Ayuntamiento, debiendo potencialmente asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de personas usuarias fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados porque hubiera que suministrar nuevos aparatos e instalaciones, o si el Ayuntamiento impide el estacionamiento en las zonas reguladas durante la vigencia del contrato y la entidad concesionaria deja de percibir parte de los ingresos que venía cobrando hasta entonces, aunque sea por un periodo limitado de tiempo, o si la Corporación modifica a la baja los horarios por razones de interés público y de prestación de servicio.

Ciertamente, puede pensarse que el riesgo inherente a la explotación del servicio que estamos analizando es "limitado", como así lo entendieron también -en los casos allí examinados- la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater) y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 204/2013, de 5 de junio. Ahora bien, tal limitación del riesgo no obedece a la voluntad de la entidad adjudicadora, sino a la propia configuración del servicio o como dice la Sentencia del TJUE, a que la reglamentación de ciertos servicios públicos hace que los riesgos económicos sean limitados, pero sin que ello afecte para nada a la existencia de una concesión de servicios, siempre que dicho riesgo, como ocurre en el supuesto examinado en esta resolución, se transfiera totalmente a la persona contratista.

Finalmente, merece destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010 (Rec. 78/2006), en la que se señala que la regulación contenida en la citada Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial *«es la base esencial que sostiene la actividad desarrollada por las empresas que controlan esos estacionamientos limitados, de lo que se deriva el carácter de gestión de servicio público que tal actividad representa.».*

A la vista de cuanto se ha expuesto, se ha de concluir que el contrato examinado está correctamente calificado en el PCAP como de concesión de servicios.

Segunda. Analizada la prestación que se licita como concesión de servicios, resta examinar si la contraprestación que han de abonar las personas usuarias del servicio ha de ser considera como una tasa, como denuncia la recurrente.

En lo que aquí interesa, dispone el artículo 285 de la LCSP lo siguiente:

*«1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:*

*a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever (...).*
*b) Fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.*
*(...)»*.

Al respecto de lo dispuesto en el apartado b) anterior, el artículo 289 de la citada LCSP, relativo a las prestaciones económicas establece que:

*«1. El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.*
*2. Las contraprestaciones económicas pactadas, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público. (…).*
*3. Si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.»*.

De lo expuesto en el citado artículo 289 de la LCSP, a juicio de este Tribunal, se afirma con una claridad meridiana que la persona concesionaria tiene derecho a las contraprestaciones económicas pactadas en el contrato, que éstas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sin que ello pueda ser enervado por las alegaciones contenidas en el escrito de recurso, ni en lo contestado por la DGT en la consulta vinculante V2565-21, ni con lo dispuesto en el artículo 20 de la LRHL.

En efecto, en cuanto a la consulta vinculante V2565-21, en los términos manifestados en el informe al recurso, aquella está enfocada a resolver la cuestión planteada en relación con las personas destinatarias del IVA de las prestaciones de servicios y su base imponible. En la contestación, la DGT la encuadra a partir del supuesto de la consultante, que es una entidad mercantil que presta servicios de gestión de servicios municipales a cambio del cobro de una tarifa a las personas usuarias, y partiendo de esa consideración se contesta a la cuestión en el sentido planteado, esto es, primero, al tratarse de un empresario o profesional están sujeto al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realice en el territorio de aplicación del impuesto; segundo, el destinatario de las prestaciones de servicios, que no de concesiones de servicios, objeto de consulta realizadas por la entidad consultante a los ayuntamientos en el marco de los referidos contratos serán los propios ayuntamientos; y tercero, en aquellos supuestos en los que, en el marco de este tipo de contratos, la consultante no se quede con el total de las tarifas facturadas a las personas usuarias, sino que únicamente retenga una parte de la misma, correspondiendo la otra parte directamente al ayuntamiento correspondiente, la base imponible del Impuesto estará constituida por el importe de la cantidad retenida debiendo, por tanto, descontarse la cantidad que tenga que entregar al ayuntamiento, según lo acordado por las partes del total de las tarifas facturadas. Así las cosas, la respuesta de la DGT en ningún caso confirma, ni expresa taxativamente, como afirma la recurrente, que la tarifa a cobrar por el servicio "ORA", como así se denomina expresamente tanto en la consulta como en la respuesta, no tenga la condición de prestación patrimonial de carácter público no tributario, sino de tasa.

Respecto al artículo 20 de la LRLH, y asimismo en los términos indicados en el informe al recurso, dicho precepto legal no dice expresamente que los supuestos relacionados deban estar sujetos en todo caso al establecimiento de una tasa, sino que las entidades locales podrán establecerlas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, incluido el supuesto de estacionamiento de vehículos de tracción mecánica en las vías de los municipios dentro de las zonas que a tal efecto se determinen y con las limitaciones que pudieran establecerse. Al igual que indica el órgano de contratación el citado artículo 20 está destinado a la exigencia de una tasa por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, pues para el supuesto de concesiones de servicios, como el supuesto que se examina, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 289 de la LCSP.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

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

**ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DORNIER, S.A.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Concesión de Servicio de Ordenación y Regulación de Aparcamientos en Superficie por Rotación (O.R.A.) y la Retirada, Traslado y Depósito de Vehículos (Grúa)» (Expte. 2983/2021), convocado por el Ayuntamiento de Lepe (Huelva).

**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 20 de mayo de 2022.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las personas 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.