Recurso 203/2022
Resolución 309/2022

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 **ASISTTEL CENTROS INFANTILES, S.L.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado "Concesión del servicio de la Escuela Infantil Municipal de Tomares" (Expediente 2562/2022), instado por el Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. Asimismo, consta en el anuncio publicado en el perfil que el 13 de mayo de 2022 se procedió a publicar simultáneamente el anuncio de licitación electrónica también en el Perfil del Contratación (www.tomares.es).

El valor estimado del contrato asciende al importe de 1.962.684,84 €, y entre las entidades que han participado en la licitación nada se informa ni por el órgano de contratación ni por la ahora recurrente de su participación.

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

SEGUNDO. El 24 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano del contratación recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos rectores de la licitación indicada en el encabezamiento de la resolución. El citado recurso fue remitido por el órgano de contratación teniendo entrada en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal el 26 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos

Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Tomares ha manifestado que no dispone de órgano propio ni tampoco tiene la posibilidad a través de su Diputación Provincial de poder ser resuelto el presente recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

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

No obstante, avala de algún modo y en sentido amplio su legitimación respecto a aquellos motivos del recurso que se proyectan sobre la inclusión de determinada información, dado que puede afectar a la cuantía de la oferta a presentar, y con ello al procedimiento de adjudicación e incluso a la ejecución del contrato; no pudiendo apreciar ese interés legítimo en cuanto a aquellos alegatos basados en infracciones que no hayan supuesto un impedimento material para la presentación de su oferta.

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

TERCERO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (...)".

En el supuesto analizado, el anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante el 13 de mayo de 2022, fecha en que los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. Por tanto, el recurso presentado el 24 de mayo de 2022, se ha formalizado en plazo.

CUARTO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el anuncio de licitación y los pliegos de un contrato calificado en los mismos como de concesión de servicios, con un valor estimado inferior a 3 millones y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, en principio debería inadmitirse el recurso contra los pliegos al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 c) y 2 a) de la LCSP por no superar la cuantía.

A efectos de ello deberíamos cerciorarnos sobre si se trata efectivamente de una concesión de servicios en la que existirá transferencia del riesgo operacional al contratista, en la medida que el precio del contrato depende de la demanda de plazas existente en cada momento.

Como consideración preliminar, cumple afirmar que el riesgo y ventura es un principio general aplicable a todo contrato administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 197 de la LCSP, que no se identifica con el riesgo operacional definido en el artículo 14 del citado texto legal para la concesión de obras e igualmente aplicable a la concesión de servicios conforme al artículo 15 de la norma legal.

El órgano de contratación defiende la calificación jurídica del contrato que realizan los pliegos. A efectos de examinar el riesgo y su transferencia, observamos el desglose económico reflejado en la memoria justificativa en su apartado g).

Allí se señala, que tiene un presupuesto de licitación de 0 €, y el valor estimado del contrato de 1.962.684,84 €/IVA exento. Así se refleja que el cálculo del valor estimado del contrato obedece a los valores económicos de mercado que durante los últimos años ha gestionado el Área de Educación, así como en el Estudio de Viabilidad que igualmente se incluye, el cual ha servido como documento previo al acuerdo de inicio. En este sentido, el valor estimado se ha calculado en la previsión de comienzo de la concesión para el 1 de septiembre de 2021(entendemos que se trata de una errata y se refiere a 2022).

Se expone en la memoria, que para el cálculo del valor estimado del contrato, se ha procedido del siguiente modo:

-Por un lado, se ha hecho una estimación del volumen de negocio previsible o retribución integra a percibir por el concesionario del servicio público de escuela infantil sin IVA, durante todo el tiempo de duración del contrato incluyendo, en su caso, las posibles modificaciones o prórrogas del contrato. A la cantidad resultante se le detrae el canon (establecido como mínimo) a que tenga que hacer frente el contratista y que se establece en el PCAP de diez mil euros, pudiendo incrementarse.

- Debe tenerse en cuenta que el ingreso máximo por plaza que obtendrá el concesionario por mes, es una cantidad que ni puede fijar libremente el contratista ni que puede fijarla o cambiarla el Ayuntamiento de Tomares, sino que es fija y es establecida por una Administración ajena a la relación contractual, la Junta de Andalucía, fijándose por Acuerdo del Consejo de Gobierno. Así se señala que "*la Entidad adjudicataria aplicará a los adjudicatarios de las plazas los precios y las reducciones señaladas en Acuerdo de 3 de febrero de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se modifican la cuantía y las bonificaciones de los precios públicos aplicables a los centros de titularidad de la Junta de Andalucía, correspondientes a los servicios establecidos en el Decreto 149/2009, de 12 de mayo, incluidas en el Anexo III del Decreto-ley 1/2017, de 28 de marzo, de medidas urgentes para favorecer la escolarización en el primer ciclo de la educación infantil en Andalucía, con la actualización que, en función del índice de Precios al Consumo, se establezca mediante Orden o Acuerdo de la Consejería competente, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía".*

- En este sentido, se deja señalada cual es la cuantía de los precios públicos por los servicios prestados en los centros de Primer Ciclo de Educación Infantil, y por los servicios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares en los centros docentes públicos. Se expresa que la cuantía fijada es de 240,53 €/mes que incluye el servicio de atención socioeducativa y 80,18 €/mes por el servicio de comedor. Considerando que la escuela infantil dispone de 94 plazas, la retribución integra máxima sin IVA que percibirá el concesionario será de 30.146,74 €/mes, y ello por los 11 meses de duración del periodo lectivo de cada curso escolar. El importe total de la retribución integra que el concesionario puede percibir durante la totalidad del contrato es la que resulta de multiplicar la retribución mensual por el número de meses (11 meses al año) de concesión efectiva del servicio, es decir, si la duración del contrato es desde el 1 de Septiembre de 2022 hasta el 31 de Agosto de 2027 (descontados los meses de agosto de dicho periodo), se obtienen 55 mensualidades, por lo que resulta una retribución integra total de 1.658.070,70 €.

- Asimismo se deja claro que no se contempla ningún gasto de funcionamiento, como agua y luz, que el Ayuntamiento tenga que asumir, ya que, como se contempla en el PCAP, los consumos eléctricos, de agua y saneamiento corren a cargo del concesionario.

- A las cargas que hay que asumir por la futura concesionaria hay que sumar los gastos de gestión que ingresa la Junta de Andalucía, que se estiman en una cuantía media de 5.500 €/año, haciendo un total de 27.500 €.

- Para dicho cálculo global se ha incluido igualmente una prórroga de un año, correspondiente a un curso lectivo, 11 meses, (incluido los gastos de gestión) de 337.114,14 €.

- Como contraprestación, en los términos del art. 285.1 b) de la LCSP, se fija la posibilidad de satisfacer un canon a la Administración. En este caso, el canon a percibir del concesionario será como mínimo de un total de 10.000 euros anuales, por cada uno de los años de concesión, pudiendo ser mejorado en la oferta económica a presentar. El importe del canon se ingresará según PCAP.

- Se tiene en cuenta que respecto a la sujeción al Impuesto sobre Valor Añadido (IVA), lo dispuesto en el artículo 20.1.9ª de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA que la recoge como operaciones no sujetas al impuesto las concesiones administrativas.

- Finalmente, una vez detraído el canon por importe total de 50.000,00 € establecido para toda la duración de la concesión (10.000 €/año x 5 años + prórroga), se establece que el valor estimado del contrato es de 1.962.684,84 €.

Por lo tanto, en primer lugar se debe concluir respecto de las primeros de los elementos a fiscalizar para determinar si estamos ante una concesión administrativa de servicios, es si la Administración realiza algún pago a efectos de calificarlo como contraprestación. En este sentido observamos que el presupuesto base de licitación es de cero (0) euros, puesto que no genera gasto para la Administración, entendiéndose, por tanto, que no existe presupuesto base de licitación, a efectos de lo dispuesto en el artículo 100 de la LCSP.

El presupuesto base de licitación no coincide con el valor estimado del contrato por no conllevar gasto para la Administración, de este modo las anualidades previstas máximas de la ejecución (IVA exento) son las siguientes:

	Importe máximo	Canon anual Mínimo	Total
1º año Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	327.114,14 €
2º año Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	327.114,14 €
3º año Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	327.114,14 €
4º año Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	327.114,14 €
5º año Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	327.114,14 €
IMPORTE	**1.685.070,70 €**	**-50.000,00 €**	**1.635.570,70 €**
Prórroga Contrato	337.114,14 €	10.000,00 €	337.114,14 €
IMPORTE VALOR ESTIMADO	**2.022.684,84 €**	**-60.000,00 €**	**1.962.684,84 €**

Así las cosas, el contratista no tiene garantizada la percepción de una cantidad fija mensual, pudiendo fluctuar el precio que perciba en función de las plazas efectivamente ocupadas, corriendo por su cuenta y riesgo las eventuales pérdidas que esas variaciones puedan generarle, sin que el órgano de contratación le compense en modo alguno por aquellas y respondiendo la adjudicataria en todo momento frente al Ayuntamiento y terceros de cualquier daño derivado de la explotación. Ciertamente el órgano de contratación pone a disposición del contratista las instalaciones, local, mobiliarios y enseres para la prestación del servicio, pero a partir de ese momento la empresa se responsabiliza de su mantenimiento preventivo y correctivo, incluyendo la reposición, reparación y sustitución del equipamiento deteriorado. Se observa en la cláusula 18 del PCAP las siguientes obligaciones:

(…)

- "El adjudicatario se subrogará en las obligaciones derivadas del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ayuntamiento de Tomares y la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía o la competente por razón de la materia." (…).

- "El concesionario deberá 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 que corresponda según las tarifas aprobadas por la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, aplicando las reducciones que correspondan".

- "El adjudicatario elaborará toda la documentación referida a memorias, liquidaciones, planes educativos, de autoprotección y evacuación, etc, que le sean requerido por las administraciones para la puesta en marcha y funcionamiento habitual de la concesión".

- "Cuidar el buen orden del servicio, no pudiendo enajenar los bienes afectos a la concesión ni destinarlos a otros fines".

- "Es obligatoria la limpieza diaria de todas las instalaciones de la Escuela Infantil, debiendo ofrecer las máximas condiciones higiénicas y sanitarias dada la naturaleza de la concesión. El pago de tales servicios correrá a cuenta de la empresa que resulte adjudicataria de la Escuela Infantil".

- "La concesión será a riesgo y ventura del concesionario, el cual vendrá obligado a conservar las construcciones e instalaciones en perfecto estado de seguridad, salubridad y ornato público. El concesionario no tendrá derecho a indemnización por causa de averías, pérdidas o perjuicios ocasionados en la explotación de la concesión. Tampoco tendrá derecho a indemnización alguna por extinción de la concesión al cumplirse el plazo de vigencia de la misma o de cualquiera de sus prórrogas si las hubiere".

- "Durante el período de duración de la concesión correrán a cargo del concesionario todas las reparaciones, tanto de obra como de instalación y mantenimiento ordinario del edificio, las revisiones periódicas de sus instalaciones, tratamientos de prevención de plagas, etc."

- "Correrán de cargo del concesionario los consumos eléctricos, de agua y saneamiento, residuos y demás suministros. El concesionario cambiará, a requerimiento del Ayuntamiento, la titularidad/nominación de los contadores de suministros correspondientes".

- "El concesionario asumirá la plena responsabilidad del buen fin de la concesión del servicio, siendo el único responsable, tanto frente al Ayuntamiento como frente a terceros, de los daños, perjuicios y accidentes que pudieran ocasionarse durante la explotación del servicio de Escuela mientras dure la concesión".

- "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, considerando incluido en el concepto de tercero perjudicado el Ayuntamiento de Tomares y las personas que se beneficien de la presente contratación".

- "En este sentido, con el objeto de cubrir los riesgos derivados de la explotación de la actividad y con carácter previo a su inicio, el adjudicatario deberá justificar tener suscritos todos aquellos seguros exigidos en la legislación vigente para la explotación de la actividad objeto de licitación.En todo caso, el concesionario suscribirá una póliza de seguro de accidentes que cubra a los usuarios de la escuela infantil durante su permanencia tanto en el propio centro como, en su caso, durante la realización de desplazamientos y estancias en otros lugares diferentes y una póliza de seguro de responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se ocasionen a terceros, incluyendo al Ayuntamiento de Tomares como tercero perjudicado por todas aquellas reclamaciones que, con motivo de la explotación de la actividad objeto del contrato pudiera derivar en una reclamación patrimonial contra esta Corporación en expediente administrativo y/o judicial tramitado al efecto. La misma incluirá las coberturas por responsabilidad civil de explotación, patronal, profesional (todas ellas por cuantía mínima de 600.000 € por siniestro y 1.200.000 € por anualidad de seguro), fianzas judiciales y defensa jurídica y liberación de gastos.De igual modo, el concesionario suscribirá una póliza de seguro por daños al inmueble en el que se ubica la escuela infantil que garantice un capital mínimo de 600.000 € de continente y 40.000 € de contenido, y donde deberá constar como beneficiario el titular del inmueble, esto es, el Ayuntamiento de Tomares.Es imprescindible que en el objeto de cobertura de cada seguro se especifique exactamente la propia actividad objeto de licitación. Deberá acreditarse estar al corriente del pago de las pólizas suscritas presentando el recibo original correspondiente en el momento de la firma del contrato. Teniendo en cuenta que se trata de un contrato de alcance plurianual, será necesario que el adjudicatario acredite estar al corriente de pago de los vencimientos sucesivos".

- "Obtener la adecuada compensación para mantener el equilibrio económico de la concesión, en el supuesto de modificaciones del servicio impuestas por la Corporación que aumenten los costos o disminuyan la retribución".

- "Obligaciones laborales y sociales. El contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales. De igual forma será requisito imprescindible que el personal docente que preste sus servicios en la Escuela posea la formación académica que establece la legislación vigente".

- "El servicio de comedor deberá ser prestado por empresa especializada".

- "El Ayuntamiento de Tomares no tendrá relación jurídica alguna funcionarial, ni laboral, ni contractual de clase alguna con el personal que contrate o de que disponga el concesionario durante el plazo de vigencia de la concesión al término de la misma. En consecuencia, no se podrá apreciar bajo ningún concepto sucesión de empresas entre el concesionario y la entidad que a la conclusión de la concesión, le suceda en la concesión del servicio de Escuela".

- "El contratista está obligado a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello, esta obligación se considera esencial. (Artículo 76.2 de la LCSP). De esta forma, queda obligado a contratar al personal necesario, en número y con la cualificación adecuada, de acuerdo con lo establecido por la normativa vigente. Sin embargo, durante la vigencia del contrato, la empresa adjudicataria no podrá incrementar ni disminuir unilateralmente el número de empleados afectos al servicio o modificar la composición de su estructura de personal. En caso de que existan causas que justifiquen alguna modificación de estas circunstancias, ya sea de

forma temporal o permanente, lo pondrá en conocimiento del Ayuntamiento, el cual, si es necesario adoptará el acuerdo oportuno".
- "Cumplir las obligaciones derivadas del contrato con diligencia, cuidado y en tiempo".

Sobre esta base, podemos concluir que el contratista asume riesgo en la explotación del servicio en el sentido que prevé el artículo 14.4 de la LCSP (precepto aplicable a la concesión de obras, pero igualmente a la concesión de servicios por virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del texto legal), cuyo tenor es el siguiente: *«El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.*
Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

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

«No obstante, debe examinarse la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato a fin de determinar la adecuada calificación jurídica de éste, toda vez que el órgano de contratación ha tipificado el contrato como gestión indirecta de servicio público mediante la modalidad de concesión (...)

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

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

• Sentencia del TJUE, de 10 de septiembre, (Asunto Wasser) en la que se señala que, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y concluye que siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación se está en presencia de una concesión de servicios.

• Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011, (Asunto Privater) en la que se define el riesgo de explotación económica del servicio como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

(...)

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

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

En un contrato similar, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en sus resoluciones 94/2014, de 24 de junio y 130/2014, de 16 de julio, tuvo en cuenta, meramente a efectos interpretativos, la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 2013, (Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea), a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas, donde se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el demanda.

(...)

Por otro lado, el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (…) puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada.

(...)
En el contrato que analizamos, podríamos considerar que sí existe un riesgo de demanda ya que el contratista sólo percibirá las tarifas abonadas por los usuarios del servicio sin que el Ayuntamiento le asegure o abone una cantidad adicional fija con independencia del nivel de ocupación de las plazas, sin que esté garantizada la probabilidad de

que la totalidad de las plazas ofertadas se cubran y sin que el Ayuntamiento se comprometa a abonar las tarifas correspondientes a las plazas que no se cubran. Esto significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

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

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

Procede, la calificación jurídica del contrato como concesión de servicios a la vista de la regulación de los pliegos, por lo que dada la cuantía, inferior a los tres millones de euros procede la inadmisión del presente recurso especial en materia de contratación.

Con base en las consideraciones anteriores, el recurso debe ser inadmitido lo que determina la devolución del recurso a efectos de su debida resolución por el Ayuntamiento.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ASISTTEL CENTROS INFANTILES, S.L.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado, "Concesión del servicio de la Escuela Infantil Municipal de Tomares" (Expte. 2562/2022), instado por el Ayuntamiento de Tomares (Sevilla) y en consecuencia, remitir para su resolución por el Ayuntamiento su tramitación, pues de deduce su verdadero carácter de recurso ordinario, tal como determina el apartado 2 del artículo 115 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al resultar que el contrato en atención a la cuantía, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación a los efectos oportunos, de acuerdo con lo señalado en el fundamento de derecho cuarto.

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

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