

Recurso 208/2017**Resolución 216/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 23 de octubre de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE AMBULANCIAS ADEMA** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión de servicios públicos de transporte sanitario programado, secundario y de pacientes críticos por concierto mediante procedimiento abierto con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol”, promovido por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. C.A.B. 05/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 14 de agosto de 2017, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 193 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 15.158.000 euros.



SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. El 5 de septiembre de 2017, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE AMBULANCIAS ADEMA (en adelante, ADEMA) contra los pliegos que rigen la licitación del contrato indicado en el encabezamiento.

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal de 6 de septiembre de 2017, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida provisional de suspensión solicitada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

La documentación requerida al órgano de contratación tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 12 de septiembre de 2017.

QUINTO. Mediante escritos de 13 de septiembre de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS SERVICIOS SOCIOSANITARIOS GENERALES, S.L. - SERVICIOS SOCIOSANITARIOS GENERALES DE ANDALUCÍA, S.L.



SEXTO. El 15 de septiembre de 2017, este Tribunal dictó resolución acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, 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 la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la asociación recurrente para la interposición del presente recurso especial contra los pliegos que rigen la licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Asimismo, el artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que *“Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca”*, y el artículo 24.1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre,*



los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados”.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones de empresas existe abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha de entender, igualmente, aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto.

En el supuesto examinado, el artículo 7 de los Estatutos de la asociación establece que *“La Asociación ostentará la representación, defensa y coordinación, por los medios legales adecuados ante los organismos públicos, privados particulares, de sus asociados e intereses, en cuanto se relacione con los fines estatutarios de la asociación.*

Para el cumplimiento de los fines indicados, la asociación desarrollará básicamente las siguientes actividades:

1. Representar, gestionar, defender, promocionar y coordinar los intereses y derechos profesionales, económicos y sociales de las empresas asociadas en el ámbito de su actuación, ya sea en sus relaciones con la Administración Pública o con otras asociaciones y terceros en general, de cualesquiera ámbito territorial. (...)

7. Ejercitar cuantas acciones procedan en defensa o promoción de los intereses de sus asociados (...)”



En este sentido, ADEMA impugna los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación al considerar que resultan perjudiciales para los intereses de las empresas asociadas. En concreto, esgrime que la incorrecta calificación del contrato ha determinado, de un lado, que no se apliquen las normas correspondientes a los contratos sujetos a regulación armonizada (falta de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea) lo que ha impedido la licitación de empresas interesadas y de otro, que el plazo para la presentación de proposiciones resulte insuficiente. Por ello, es posible apreciar aquella conexión específica entre el acto impugnado y los intereses que representa y defiende la asociación recurrente, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

La UTE interesada, en sus alegaciones al recurso, manifiesta que la asociación recurrente, más allá de teorizar sobre la naturaleza del contrato, no alcanza a singularizar el perjuicio que los pliegos pudieran irrogar a sus asociados o a ella misma como representante de intereses colectivos. No obstante, hemos de indicar que si bien la controversia jurídica versa sobre la calificación del contrato y sus consecuencias, la insuficiente publicidad de la convocatoria y del plazo para presentar ofertas que se esgrimen en el recurso pueden entenderse perjuicios para los intereses de los asociados que, con independencia del éxito en cuanto al fondo de la pretensión esgrimida, resultan suficientes para avalar la legitimación de la recurrente.

Respecto a la falta de facultades de representación del Presidente de la asociación para la interposición del recurso, circunstancia que denuncia la UTE interesada sobre la base de considerar que no consta el acuerdo de la Junta Directiva para la interposición del recurso, hemos de señalar que la adopción de tal acuerdo previo es una exigencia de índole procesal no trasladable al ámbito del recurso especial que nada prevé el respecto, y que el firmante del recuso -en su calidad máxima de Presidente de la Asociación- está facultado para la interposición del recurso.



TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

Aun cuando la cuestión controvertida reside precisamente en la calificación jurídica del contrato, hemos de señalar que ya se trate de un contrato de servicios o de concesión de servicios, el mismo estaría sujeto a regulación armonizada en función de su valor estimado (15.158.000 euros) y pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Asimismo, son objeto de impugnación los pliegos que rigen aquel, todo lo cual determina la procedencia del recurso especial interpuesto al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, teniendo en cuenta los términos en que se ha producido la publicidad de la convocatoria, el día inicial en el cómputo del plazo fue el 14 de agosto de 2017, por lo que el recurso presentado en el Registro del Tribunal el 5 de septiembre se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede el examen del único motivo en que el mismo se sustenta relativo a la incorrecta



calificación del contrato en los pliegos como gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto.

En efecto, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) califica el contrato como gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto y aplica el régimen jurídico previsto para este contrato. Asimismo, su Anexo I prevé para el contrato un plazo de ejecución de cuatro años con posibilidad de prórroga por seis años más, un valor estimado de 15.158.000 euros y la indicación expresa de que no se halla sujeto a regulación armonizada.

La asociación recurrente insta la anulación de la licitación por considerar que la misma vulnera la regulación prevista para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. En tal sentido, con apoyo en doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales administrativos de recursos contractuales y en informes de Órganos consultivos en materia de contratación pública, concluye que la calificación correcta del contrato es la de «servicios» al no trasladarse riesgo alguno en la explotación del servicio y ello por las siguientes razones:

- El PCAP fija un presupuesto de licitación y un régimen de pago que consistirá en el abono de una cantidad mensual en función del importe global de la oferta.
- En un documento publicado en el perfil se da respuesta a preguntas de los licitadores sobre la actividad anual estimada para los distintos traslados de pacientes.
- El pliego de prescripciones técnicas (PPT) contiene detalle de la ordenación funcional y operativa del servicio, requisitos de las ambulancias y otra serie de requerimientos exigibles en la prestación del servicio, lo que demuestra que no se transfiere al contratista potestad plena en la gestión del servicio público.

La asociación recurrente esgrime que esta incorrecta calificación del contrato ha



sustraído al mismo de las normas aplicables a los contratos sujetos a regulación armonizada, lo que ha determinado la omisión de la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial de la Unión Europea y que el plazo otorgado para la presentación de proposiciones haya resultado insuficiente. Tales insuficiencias han determinado, a su juicio, que empresas interesadas en la licitación no hayan podido concurrir.

En el informe al recurso, el órgano de contratación manifiesta que es posible incardinar la prestación en un modelo de gestión de servicio público ya que la Agencia Pública deja plena libertad al adjudicatario en la forma de cobertura del servicio, exigiendo solo unos estándares de calidad. Entiende que el contratista asume un riesgo económico evidente, pues debe disponer de medios suficientes para cumplir unos criterios de calidad mínimos, sin saber el número de trayectos que deberá llevar a cabo y siendo el precio a percibir independiente del número de traslados que deba soportar.

Asimismo, el órgano de contratación manifiesta que las potestades de vigilancia y supervisión dirigidas a una adecuada prestación del servicio no implican minoración del riesgo, sino el ejercicio de una potestad de control propia de todas las Administraciones Públicas y que la cifra anual de traslados (32.000) es orientativa, no previéndose una compensación si la cifra fuese sensiblemente superior.

La UTE interesada se opone al recurso esgrimiendo que en la contratación examinada existe riesgo operacional en la actividad de transporte sanitario a realizar, pues no hay garantía de que, en condiciones normales de funcionamiento, se vayan a poder recuperar las inversiones realizadas, ni a cubrir los costes que conlleve la explotación del servicio, de modo que el riesgo transferido supone, a juicio de la UTE, una exposición real a las incertidumbres del mercado, lo que determina que no estemos ante un contrato de servicios sino de gestión de servicios públicos.



En apoyo de tal calificación señala, en síntesis, que:

- El adjudicatario asume la organización del servicio y no actúa como un mero auxiliar de la Agencia Pública Sanitaria, debiendo dimensionar los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo el servicio.
- El precio consiste en una cantidad inicialmente fija que no varía en función de la mayor o menor intensidad en la utilización del servicio por los usuarios, por lo que la remuneración del prestatario no se calcula en función del uso o frecuentación de los servicios, ni se garantiza un nivel de beneficios o ausencia de pérdidas si la demanda de servicios supera las previsiones del contratista.
- Existe una necesidad incierta de inversión para la adquisición por el adjudicatario de un número de ambulancias y se exige la instalación de un Centro de Coordinación en las dependencias señaladas al efecto por la Agencia Pública, lo que implica que el contratista deberá llevar a cabo obras de adecuación y posterior mantenimiento.
- La demanda de transporte puede estar sujeta a factores imprevisibles múltiples que la incrementen.
- Se traslada al adjudicatario el riesgo de responder por los perjuicios causados en la prestación del servicio, debiendo suscribir a su cargo un seguro de responsabilidad civil.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se ciñe a determinar si la prestación regulada en los pliegos, consistente en el servicio de transporte sanitario programado, secundario y de pacientes críticos mediante concierto con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol, constituye un contrato de servicios como sostiene la recurrente o un contrato de gestión de servicios públicos, tal y como se define en los pliegos y sostienen el órgano de contratación y la UTE interesada que ha formulado alegaciones en el procedimiento.

Por aplicación, desde el 18 de abril de 2016, del efecto directo de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los



contratos de concesión, la figura del contrato de gestión de servicios públicos reconocida tradicionalmente en nuestro ordenamiento interno ha experimentado profundos cambios. Tanto es así que el tipo contractual ha desaparecido en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, recientemente aprobada y solo pendiente de su publicación oficial, de modo que las modalidades de gestión de los servicios públicos del TRLCSP (en particular, la concesión y el concierto) pasan a subsumirse en la nueva norma legal, bien en la concesión de servicios si hay transferencia del riesgo operacional al contratista, bien en el contrato de servicios si tal transferencia no se produce.

Asimismo, debe indicarse que el riesgo operacional transferido al contratista, como elemento distintivo entre los contratos de servicios y de concesión de servicios es un concepto que define la Directiva de concesiones, pero que tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 5 de la citada Directiva -recogiendo la doctrina del citado Tribunal europeo- lleva por título << Definiciones >> y dispone en su apartado 1) 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.”* Así pues, esta definición del artículo 5, al tratarse de un precepto claro, preciso y no condicionado, surte plenos efectos jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico desde el pasado 18 de abril de 2016, de modo que si el contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio



público estaremos ante una concesión de servicios y si tal riesgo no se transfiere al contratista, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios.

Asimismo, aun cuando al supuesto examinado sea de aplicación el efecto directo de la Directiva de concesiones y no el nuevo texto aprobado de la Ley de Contratos del Sector Público por el que aquella se traspone, hemos de señalar que el artículo 14 de la nueva norma recoge ya el concepto de riesgo operacional en los términos que define la Directiva y que se han transcrito más arriba.

En tal sentido, en la concesión de servicios regulada en la Directiva 2014/23/UE tiene encaje el contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión, mientras que en la figura del contrato de servicios tienen cabida la inmensa mayoría de los contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto. En estos, no existe normalmente transferencia de riesgo operacional al contratista, ni este asume la organización plena del servicio. El único rasgo que tradicionalmente ha venido diferenciando el concierto del contrato de servicios es el hecho de que la prestación sea llevada a cabo por una persona natural o jurídica que venga desempeñando, en el ámbito privado, esa actividad de servicio público que la Administración le encomienda. Donde más incidencia ha tenido el concierto es en el ámbito sanitario, al venir también reconocida la figura en la Ley General de Sanidad de 1986.

Por eso, los distintos Tribunales de recursos contractuales, incluido el nuestro, han venido recalificando, incluso bajo la vigencia de la derogada Directiva 2004/18 y a la luz de la jurisprudencia comunitaria, los conciertos sanitarios como contratos de servicios a los solos efectos de determinar la competencia para conocer del recurso especial. Es decir, pese a la calificación en los pliegos del concierto sanitario como un contrato de gestión de servicios públicos excluido del recurso especial cuando no reunía los requisitos del artículo 40.1 c) del TRLCSP, los Tribunales de recursos han considerado que se trataba de un contrato de servicios incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud) sujeto al recurso especial si superaba el umbral



comunitario, al no existir transferencia del riesgo operacional al contratista. Sirvan de ejemplo, las Resoluciones 176/2014, de 25 de septiembre, 180/2014, de 3 de octubre, 139/2015, de 21 de abril y 149/2015, de 28 de abril, de este Tribunal, Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre y 37/2014, de 30 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, Resoluciones 81/2013, de 20 de febrero y 204/2013, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 48/2014, de 19 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y Resolución 56/2014, de 31 de julio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León.

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.

El objeto del contrato se define en el Anexo I del PCAP como gestión de servicios públicos de transporte sanitario programado, secundario y de pacientes críticos; siendo el presupuesto de licitación, IVA excluido, de 5.720.000 euros para cuatro años de duración del contrato, ascendiendo el valor estimado a 15.158.000 euros, como consecuencias de las eventuales prórrogas previstas.

Asimismo, la cláusula 13 del PCAP prevé como obligación del ente contratante, el abono del precio mediante pagos mensuales en función de la ocupación del Centro o pagos mensuales iguales a partir de un precio fijo por plazas disponibles, habiéndose previsto y publicado en el perfil de contratante los datos estimados de traslados anuales que alcanzan un total de 32.000, con sus respectivo desglose en función de la modalidad de traslado de que se trate.

Finalmente, el PPT contiene numerosas previsiones relativas a la ordenación funcional y operativa del servicio, los requisitos técnicos de las ambulancias, el



sistema de gestión informatizada del servicio y características que debe reunir la base de datos de facturación.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, debe concluirse que la prestación se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, toda vez que no concurren en aquella las características definitorias de la gestión del servicio público o concesión de servicios en los términos antes expuestos, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio. Antes al contrario, en el PCAP se fija un presupuesto de licitación y un régimen de pago que consistirá en el abono de una cantidad mensual en función de unos parámetros previamente definidos en el PCAP. Asimismo, se establece el número estimado de traslados anuales a realizar con su respectivo desglose según modalidades, todo lo cual permite a los licitadores evaluar con amplio margen de seguridad los costes de la prestación durante la vigencia del contrato, así como los beneficios a obtener, haciendo nulo o prácticamente inexistente el riesgo de explotación inherente a toda concesión de servicios.

Además, tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de la ordenación funcional y operativa del servicio, de los requisitos técnicos de las ambulancias, del sistema de gestión informatizada del servicio, así como de las características que debe reunir la base de datos de facturación, todo lo cual abunda en la idea de que el adjudicatario no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Finalmente, como ya han señalado otros Tribunales de recursos contractuales -entre ellos, los Tribunales de Aragón y de Castilla y León- un servicio público sanitario, en este caso, el transporte sanitario, difícilmente puede encajar en las



modalidades de tipo concesional y de transferencia de riesgo porque podría desvirtuarse el contenido de una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

Por consiguiente, no puede darse la razón al órgano de contratación ni a la UTE interesada cuando esgrimen que hay transferencia de riesgo operacional al contratista. El riesgo a que aluden en sus respectivos escritos es el propio de todo contrato público conforme al principio de riesgo y ventura consagrado con carácter general para los contratos administrativos en el artículo 215 del TRLCSP, pero no el riesgo de explotación en el sentido del artículo 5 de la Directiva de concesiones, riesgo que supone una exposición real a las incertidumbres del mercado y que se proyecta en diversas contingencias como la de competencia de otros operadores, la insolvencia de deudores y la asunción de pérdidas no desdeñables en la explotación del servicio, circunstancias estas que no operan en el contrato examinado conforme a los pliegos impugnados.

Al respecto, la Resolución 351/2016, de 6 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es ilustrativa de cuanto venimos afirmando al señalar que *“Obviamente, la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos se hace a riesgo y ventura del contratista, como en cualquier otro sometido a la legislación de contratos públicos (artículo 215 TRLCSP), y, desde esa perspectiva, ello alcanza a todas las fórmulas de gestión indirecta de aquéllos (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 25 de julio de 1996 – expediente 2637/1996-). Ahora bien, lo que es inherente a la concesión es que el contratista asume, además, el riesgo de la explotación, entendiendo por tal el “de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “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”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09). Por esta razón, en fin, el artículo 277 a) TRLCSP enfatiza que en ella “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”. Este riesgo “especial”, distinto del común de los contratos públicos, falla en el concierto o, por lo menos, no es esencial a él.”

Finalmente, hemos de indicar que con independencia de la calificación jurídica de la prestación como servicio o como concesión de servicios, la contratación examinada estaría sujeta a regulación armonizada por su valor estimado, lo que supone que, en cualquier caso, se ha incumplido la exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto al entender que los pliegos que rigen la licitación han calificado y regulado erróneamente la prestación como gestión de servicio público en su modalidad de concierto; en consecuencia, procede su anulación a fin de que, en los nuevos pliegos que, en su caso, se aprueben, se califique y regule la prestación acudiendo a las normas propias del contrato de servicios.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE AMBULANCIAS ADEMA** contra los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Gestión de servicios públicos de transporte sanitario programado, secundario y de pacientes críticos por concierto mediante procedimiento abierto con destino a la Agencia Pública Empresarial Sanitaria Costa del Sol”,



promovido por la citada Agencia Pública Empresarial (Expte. C.A.B. 05/2017), y en consecuencia, anular los pliegos impugnados con retroacción de las actuaciones al momento de su elaboración para que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta Resolución.

SEGUNDO Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordado por este Tribunal en resolución de 15 de septiembre de 2017.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

