

Recurso 354/2023
Resolución 414/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 8 de septiembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AB SERVICIOS SELECTA ESPAÑA, S.L.U.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 11 de julio de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “Contrato administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios”, (expediente número 2023/04), convocado por la Universidad de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 y el 7 de marzo de 2023 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento, el valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 495.867,75euros.

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

Con fecha 11 de julio de 2023, el órgano de contratación acordó adjudicar el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. La resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el mismo 11 de julio.

SEGUNDO. El 28 de julio de 2023 se presentó en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto contra el anteriormente indicado acuerdo de adjudicación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue reiterado.

Posteriormente, el 23 de agosto de 2023, la Secretaría del Tribunal puso en conocimiento de la recurrente que el expediente administrativo, así como el resto de documentación necesaria para la resolución del recurso, no había sido todavía remitida por el órgano de contratación, concediéndole plazo de alegaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.5 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 Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. No se recibieron alegaciones en el plazo concedido para ello.

Finalmente, el día 30 de agosto de 2023, tuvo entrada en el Tribunal el expediente administrativo, así como el resto de documentación necesaria para la resolución del recurso que fue aportada por el órgano de contratación.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Jaén, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la Consejería de Hacienda y Financiación Europea y la Universidad de Jaén, el 6 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

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 la resolución de adjudicación de un contrato especial de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil 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.a) y 2.c) de la LCSP.

No obstante, y sobre la denominación del objeto del presente recurso como contrato administrativo especial haremos una consideración a mayor abundamiento, sin perjuicio de considerarse que los pliegos ya están consentidos por las partes, y por ende su calificación, debiendo estarse entre las partes a la dada por el órgano de contratación, en virtud del artículo 139 LCSP.

A estos efectos, merece considerarse cuál sería la correcta determinación de la naturaleza del procedimiento de contratación, en cuyo seno se dicta el acto de adjudicación objeto del presente recurso especial, ya que el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) califica el presente contrato como administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios. Solo en el caso en el que se hubieran recurrido los pliegos habría sido la auténtica naturaleza del contrato la que habría determinado la procedencia de este recurso como, de ser el mismo admisible, el régimen jurídico tanto procedimental como sustantivo que haya de servir de marco de referencia para enjuiciar las cuestiones de fondo que se plantean, cuestión que este Tribunal va a analizar a continuación, como decimos a mayor abundamiento.

Así pues, respecto del presupuesto base de licitación, en el apartado 2 del cuadro resumen no se establece un presupuesto base ya que el contrato no genera gastos para la Universidad de Jaén, al percibir la contratista el pago directamente de las personas usuarias del servicio. Por otro lado, también se prevé en el referido apartado el canon mínimo de licitación a pagar por el adjudicatario, un canon anual mínimo de 120.000,00 € (IVA incluido) en concepto de cesión de espacios para la explotación del servicio, que será abonado por la empresa contratista. El valor estimado del contrato es 495.867,95 euros.

En el pliego de prescripciones técnicas (PPT), en su cláusula 1 y 2 se señala lo siguiente respecto del objeto:

“1. OBJETO DEL CONTRATO.

El objeto del presente pliego consiste pues en establecer las condiciones técnicas que van a regir el contrato administrativo especial para la instalación, explotación y mantenimiento del servicio de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios en los edificios de la Universidad de Jaén.

Las características que se describen en el presente pliego son mínimas y orientativas y, en consecuencia, podrán ser mejoradas por las empresas licitadoras en sus propuestas, las cuales la Universidad de Jaén podrá aceptar total o parcialmente.

La empresa adjudicataria percibirá la retribución directamente de las personas usuarias del servicio a través del precio fijado con motivo de la adjudicación del contrato sin que exista ningún pago económico por parte de la Universidad de Jaén.

En todo caso, rige para este contrato el principio de riesgo y ventura propio de la contratación administrativa.

2. OBJETIVO DE LA ACTUACIÓN Y ODS IMPLICADOS.

La Universidad de Jaén es una institución comprometida con el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y lo pone de manifiesto a través de uno de los ejes transversales de su III Plan Estratégico: reforzar el compromiso social implantando los ODS en todos los niveles de actividad de la Universidad. Asimismo, y dentro de sus prioridades estratégicas ha desarrollado diferentes planes que tienen vinculación directa con la externalización de servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales, como por ejemplo el Plan de Sostenibilidad Ambiental, el Plan de Igualdad, etc.

En este marco de actuación se establecen como objetivos de la contratación del servicio de vending, además de atender la demanda de la comunidad universitaria, fomentar un uso responsable y eficiente de los recursos mediante una gestión medioambiental y socialmente responsable, con la incorporación al contrato de condiciones y criterios vinculados con el cumplimiento de diferentes objetivos de desarrollo sostenible como son los siguientes:

- *Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las personas (Objetivo 8).*
- *Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (Objetivo 12).*
- *Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad (Objetivo 15)."*

Los pliegos califican el contrato como contrato administrativo especial, si bien a la vista del objeto, que es la cesión del espacio a efectos de colocar las máquinas para explotarlas y mantenerlas para ese fin, no debemos perder de vista que estamos ante un objeto que comparte notas con otras figuras jurídicas de Derecho público, como la concesión demanial para el uso privativo de bienes de dominio público o con la concesión de servicios. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle mediante la ocupación de un bien de dominio público cuyo uso esté sujeto a un título regulador, bien sea autorización o una concesión, no imposibilita que la actividad en él realizada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación (v.g. Resolución 276/2018, de 10 de octubre, de este Tribunal y Resolución 175/2017, de 17 de febrero, entre otras, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

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

En dicho sentido, se ha pronunciado asimismo el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, entre otras, en su Resolución 49/2017, de 15 de febrero, que en lo que aquí interesa dispone lo siguiente: *«Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial. (...) sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el*

usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.».

Observamos que el contrato administrativo especial se trata de una categoría residual, especialmente tras la LCSP, puesto que será difícil que el negocio jurídico no se ajuste a alguna otra categoría de contrato, como es el de servicios o el de concesión de servicios o de obras.

En los supuestos de uso de espacios en instalaciones públicas afectas al servicio público, habrá que analizar cuál es la finalidad de la Administración: si se trata de dar un servicio a los usuarios de la instalación, o si su finalidad principal es la de explotar el bien, es decir, obtener una rentabilidad económica; en el primer caso, estaremos ante un contrato sujeto a la LCSP y, en el segundo, ante un negocio jurídico relativo a un bien patrimonial o demanial (calificándose de arrendamiento o concesión administrativa, respectivamente).

Sin embargo, el órgano de contratación ha descartado que nos encontremos ante un contrato patrimonial, entendiendo que tiene naturaleza administrativa, esto es, que la finalidad del contrato es la consecución de un fin público de la competencia de la Administración contratante, pues estima tácitamente que no se da el presupuesto de las autorizaciones o concesiones demaniales, es decir el fin no es privativo del sujeto que obtiene el título habilitante de explotación de los espacios, sino que está destinado a los miembros de la comunidad universitaria que utiliza el servicio principal a que está afecto el edificio. Por tanto, existirá beneficio de la Administración que va a obtener una rentabilidad económica a través del canon, así como un interés público en ofrecer un mejor servicio a la comunidad universitaria que utilizará dichas máquinas expendedoras en los edificios en los que se sitúen dentro del campus universitario, siendo evidente que reporta mayor comodidad para aquella, por lo que concurre tanto el interés privado como el público.

El Considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE, pone el énfasis en la iniciativa, es decir, en la autorización, de forma que si esta iniciativa parte del operador económico no sería contractual dicha autorización. Por el contrario, cuando la iniciativa es del poder adjudicador sí sería contractual. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 317/2021, de 8 de marzo, indica que *“los contratos de alquiler de local para realizar los servicios o actividad de restauración tienen unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento”*, pues la arrendadora se reservaba facultades como la de determinar los productos, fijar los precios máximos, intervenir en la decoración de los locales, fijar los servicios mínimos para el caso de huelga, etc., como ocurre en este supuesto cuando condiciona el precio de los mismos en la presentación de la oferta.

En el supuesto examinado, conforme a lo establecido en la cláusula 2 del PPT la calificación del contrato como administrativo no ofrece duda alguna pues el fin público perseguido, esto es, la asistencia a la comunidad

universitaria que confluya a ambos campus, se incluiría como causa del contrato. En el caso de la instalación de máquinas expendedoras en edificios públicos, podría entenderse que la Universidad no vendría obligada a su instalación, si bien desconocemos si con ello sustituye un servicio de bar inexistente y necesario por el tipo de prestación a que está afecto el edificio, como es un campus universitario, donde los usuarios (estudiantes y miembros de la comunidad universitaria) permanecen durante un tiempo prolongado al día. Solo en el caso en que existiere un servicio de bar dimensionado para dar servicio a toda la comunidad universitaria, la instalación de máquinas expendedoras de bebidas y alimentos, se podría entender complementaria pero no necesaria, de tal forma que se podría calificar la relación jurídica como una concesión demanial. Al respecto, en la explotación de las máquinas lo que tiene carácter predominante es la posibilidad de prestar dicho servicio, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como de dominio público, de modo que estamos en presencia de un contrato administrativo, aun cuando el mismo comprenda implícitamente la ocupación de un espacio físico dentro del recinto universitario.

En este sentido, téngase en cuenta, a sensu contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 306/2022, de 15 de junio de 2022, en relación con la realización del mercadillo navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza. En el referido pronunciamiento no se compartía el criterio del juez de instancia que consideraba que se trata de un contrato de concesión de servicios, pues señalaba en ese caso que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una "Muestra de Navidad".

En cuanto al servicio público que se presta con las máquinas en el supuesto objeto de recurso, el artículo 6 del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero entre los requisitos generales de las Universidades establece lo siguiente: "6. Las Universidades deberán disponer de espacios y equipamiento suficientes para aulas, laboratorios, seminarios, bibliotecas, salón de actos y demás servicios comunes, así como las instalaciones adecuadas para el personal docente e investigador, de gestión y servicios, y alumnado".

Por otro lado, el artículo 53.3, entre los derechos de los estudiantes figura: "f) Disponer de instalaciones y recursos adecuados que permitan el correcto desarrollo de los derechos y libertades de representación, asociación y reunión. Se protegerá el ejercicio de estos derechos de manera que puedan complementarse con las labores académicas de los estudiantes".

En este sentido, la finalidad de dar servicio a los usuarios son claros e inequívocos indicios de la naturaleza administrativa del contrato que se examina.

Establecida la naturaleza contractual de la actividad de explotación de los espacios para las máquinas de "vending", expendedoras de alimentos y bebidas, procede determinar su régimen, pues decantándonos por su naturaleza de contrato típico (dado lo excepcional del contrato administrativo especial), deberemos examinar si se trata de un contrato de servicios o de concesión de servicios. En tal sentido, la jurisprudencia europea a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un

contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación de la prestación. Y es precisamente esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que, posteriormente, se ha incorporado al texto de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, de modo que la definición de riesgo operacional recogida en su artículo 5, así como en los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP, viene a ser reproducción del contenido de aquella doctrina jurisprudencial (v.g. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, asunto Privater). Asimismo, este Tribunal en numerosas resoluciones (v.g. Resoluciones 276/2018, de 4 de octubre, 85/2017, de 18 de febrero y 41/2016, de 18 de febrero, entre otras) ha recalificado contratos analizando la distinción entre un contrato de servicios y una concesión de servicios.

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

Este Tribunal señaló en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda -a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP- cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato de servicios o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Por lo tanto, hay que tener en cuenta cuál es la causa o finalidad perseguida por el poder adjudicador, pero también el régimen específico al que se somete el reparto de derechos y obligaciones entre las partes involucradas. Así, deben analizarse las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de servicios. En este sentido, lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de

la explotación o «*riesgo operacional*» a la entidad adjudicataria; es decir, si la empresa contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.

Por tanto, habrá que determinar si concurre o no este elemento definitorio en el presente contrato. Al respecto, en la cláusula 37ª del PCAP, relativa al “abono del canon del contrato”, se señala que “*el canon resultante de la adjudicación del contrato será abonado por la empresa adjudicataria conforme a lo previsto en el Cuadro Resumen del Contrato*”.

La cláusula 34ª del PCAP regula las obligaciones de la empresa contratista para la prestación del servicio, donde ésta asume gastos que son normales en la ejecución de cualquier contrato con arreglo al principio de riesgo y ventura establecido en el artículo 197 de la LCSP. No obstante, la entidad contratista sí asume las potestades de organización de la explotación del servicio, sin perjuicio del lógico ejercicio de una cierta supervisión o control por parte del órgano de contratación.

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

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

En definitiva, de todo lo dispuesto en los pliegos ha de concluirse que la entidad contratista explotará el servicio por su cuenta y riesgo, asumiendo los gastos que deriven de la explotación, siendo el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones y de los eventuales daños que el funcionamiento del servicio pueda originar a terceros. En efecto, el órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo de pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de inversión y de explotación son superiores a los estimados.

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

asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.».

A la vista del conjunto de elementos y factores existentes, debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato para la explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas como de concesión de servicios. En este mismo sentido, se han pronunciado otros órganos de revisión de decisiones en materia contractual, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su Resolución 103/2017, de 20 de septiembre.

Si bien el artículo 44.1.c) de la LCSP, tendrán la consideración de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, las concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros, y si bien en la licitación impugnada, el PCAP en el cuadro resumen establece en su apartado 2 que el valor estimado es de 495.867,75 euros (IVA excluido) por debajo del umbral que da acceso al recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de concesión de servicios (superior a tres millones de euros) no procedería el recurso especial.

No obstante, dado que los pliegos han quedado consentidos, y con ello, la naturaleza dada entre las partes, no procede declarar la inadmisión del recurso por no estar dentro de su ámbito objetivo, de conformidad con el artículo 139.1 LCSP.

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 escrito de impugnación se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes:

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Señala la entidad recurrente, que en la cláusula 19ª del PCAP, denominado “*Contenido, dudas y justificante de presentación de las proposiciones*”, se relacionan los distintos documentos que pueden incluirse en cada uno de los tres sobres que debían presentarse en el concurso. Expresa que al recoger el contenido del sobre número 2, en esa cláusula del PCAP se dice que debía contener la “*Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor*”; añadiéndose, que “*la introducción en este sobre de documentos que permitan conocer la oferta económica u otros criterios automáticos de valoración será causa de exclusión del procedimiento.*”

Pues bien, en el caso de la entidad adjudicataria del presente concurso, indica que la misma hizo constar en la documentación que incluyó en ese sobre número 2, en concreto en la página 32 de su oferta, que disponía de un

teléfono de atención gratuita, consignando el número de teléfono gratuito para la atención de incidencias que pudieran plantearse durante la prestación del servicio.

Expresa además que la *“atención telefónica gratuita” es un criterio de adjudicación automático tal y como se recoge en el apartado 9 A.3) del “cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares de contrato administrativo especial”, en el que se recoge que indicar en las máquinas un número de teléfono gratuito para la atención de las incidencias para las personas usuarias, constituía un criterio de adjudicación automático por el que se podían atribuir hasta 5 puntos; que, de hecho, como resulta de la resolución recurrida, se atribuyeron (...).”*

Estima que la inclusión en ese sobre número 2 de un documento en el que con toda claridad se hace constar y permite conocer un criterio automático de adjudicación, como es disponer de ese teléfono de atención gratuita, debería haber determinado que se hubiera acordado la exclusión concluyendo que la adjudicación realizada se encuentra viciada de nulidad.

Invoca para ellos el artículo 139.1 de la LCSP cuando expresa que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.”* A su vez cita determinada doctrina que apoyaría su argumentación jurídica, solicitando la anulación de la adjudicación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala que *“la cláusula 13 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del expediente de licitación citado, bajo el epígrafe “Criterios de adjudicación” se establece que “Para la adjudicación del contrato se aplicarán los criterios que se establecen en el Cuadro Resumen de este Pliego, los cuales estarán directamente vinculados a su objeto”*

Por su parte, en la cláusula 14 del mismo documento, bajo el epígrafe “Valoración de los criterios de adjudicación”, se dispone que, “En primer lugar, se evaluarán los criterios que sean valorables mediante la emisión de un juicio de valor y a continuación se valorarán la oferta económica y, en su caso, los otros criterios automáticos. La documentación que contiene esta información deberá permanecer en secreto hasta que se haya realizado la valoración de los criterios no automáticos”.

Expone que, dentro de los criterios de adjudicación automáticos, *“se valora el compromiso de indicar en las máquinas expendedoras un número de teléfono gratuito para la atención de incidencias de las personas usuarias del servicio en el criterio de adjudicación automático A.3) Atención telefónica gratuita y pago con tarjeta, con un máximo valorativo de 5 puntos sobre los 60 posibles”.*

Reconoce que la empresa que se propone como adjudicataria del contrato indica en su oferta técnica, que se incluirá en la ficha indicativa de cada máquina expendedora un teléfono de atención al cliente. A pesar de ello,

indica que existe doctrina que dispone que *“la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas”*. Invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009, con relación a que no existe *“vulneración del principio de igualdad de trato por el quebrantamiento del carácter secreto de las proposiciones en un supuesto en el que el licitador incurrió en un error involuntario al presentar la oferta en un sobre abierto, partiendo de la falta de trascendencia para terceros de este error, dada la naturaleza atípica del contrato, el cual no se adjudicaba a la oferta más ventajosa sino que admitía todas las ofertas que cumplían las prescripciones técnicas”*.

Igualmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, *“pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción a favor de esa infracción, que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario”*.

Asimismo, apela al Consejo de Estado, y en concreto al Dictamen 670/2013, de 11 de julio de 2013, así como a doctrina de los Tribunales especializados en la resolución del recurso especial en materia de contratación.

Señala finalmente que las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP deben limitarse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe.

Concluye señalando que la recurrente asume en su oferta técnica, sobre 2, *“el compromiso de indicar en las máquinas expendedoras un número de teléfono para la atención de incidencias de las personas usuarias del servicio, conforme exige el criterio de adjudicación automático A.3) Atención telefónica gratuita y pago con tarjeta, con lo que, de acuerdo con las razones en que se fundamenta la pretensión de exclusión de la mercantil propuesta para la adjudicación contractual, del mismo modo, de considerarse tal pretensión, se habría de haber excluido a la ahora recurrente, puesto que en la oferta técnica de AB Servicios Selecta España, S.L., ya se anticipa la posterior propuesta de una vía de resolución extraordinariamente ágil de las incidencias, atención que no puede ser más que razonablemente telefónica”*.

Es decir, siendo dos entidades licitadoras, y habiendo las dos señalado de alguna forma que las máquinas incorporarán un número de teléfono, supone el conocimiento de dicha información por el órgano de contratación, por lo que tal proceder no habría quebrantado las garantías de objetividad e imparcialidad que deben regir el proceso de valoración de ofertas. Aboga por una interpretación no formalista del art. 142 LCSP, pues no se ha comprometido en ningún caso, por tanto, la objetividad del órgano de contratación en la evaluación de los criterios de adjudicación, pues el previo conocimiento y valoración de cómo se va a desarrollar la resolución de las posibles incidencias en la prestación del servicio.

Finalmente concluye señalando que en caso contrario *“supondría indefectiblemente la exclusión de la propia recurrente por cuanto en su oferta técnica igualmente indica cómo se va a poner en marcha el procedimiento de atención telefónica de las incidencias que se comuniquen por parte de los usuarios”*.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

La entidad recurrente denuncia que la adjudicataria ha incluido en el sobre 2 información que en todo caso debería figurar en el sobre 3.

Sobre esta materia hemos señalado en nuestras resoluciones que el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de la documentación técnica evaluable según criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor y de aplicación automática, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones. Y, en este sentido, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas. No obstante, la anterior doctrina, en la más reciente Resolución 334/2022, de 20 de junio, nos pronunciábamos sobre esta misma cuestión a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo 523/2022, de 4 de mayo, manifestando lo siguiente:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación.»

En este sentido recientemente se ha de citar un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. En segundo lugar, para el caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario, por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas anormales, otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.

La Sentencia del TS analiza en casación, la sentencia dictada por el TSJ Castilla-La Mancha la cual estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido, había infringido el secreto de las propuestas en la licitación. En el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, incorporó información que permitía conocer, al menos en parte, la oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C. Consideraba el TSJ que para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C no es preciso que se anticipe o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que la adjudicataria iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente sino que resulta suficiente con que se pudiera conocer que se iba a ofertar en el sobre C el criterio de adjudicación en cuestión. Las partes codemandadas, alegaban que la infracción del deber de secreto de las ofertas no era un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación y que al haberse anulado el acuerdo

de adjudicación por una infracción de escasa relevancia se había vulnerado el principio de proporcionalidad.

La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.

La finalidad de la norma, por tanto, es evitar la contaminación de los sobres, sobre la base de las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa contaminación. Por tanto, la respuesta debe analizarse caso a caso, y siempre en función de si se han vulnerado las garantías de objetividad e imparcialidad. Algo que en el presente procedimiento no puede sostenerse que haya ocurrido con la revelación de los años de garantía, pues era el tiempo mínimo, de tal modo que ninguna relevancia tuvo cuando se incluyó la información en el sobre anterior, y no en el archivo o sobre 3. (...)»

Pues bien, la recurrente denuncia anticipo por la adjudicataria de información del sobre 3 en el 2.

Tendremos que estar al alcance que tiene en concreto el adelanto de dicha información.

Para ello es necesario poner de relieve los distintos extremos que se recogen en los documentos que rigen la licitación con relación a ese número de atención telefónica, de carácter gratuito.

Debemos partir de que el criterio evaluable mediante fórmula en el apartado A.3) del cuadro resumen se trata de un número de atención telefónica gratuito. Así expresa:

“A.3) Atención telefónica gratuita y Pago con tarjeta. Máximo 10 puntos.

- Si la empresa licitadora se compromete a indicar en las máquinas un número de teléfono gratuito para la atención de incidencias para las personas usuarias se otorgarán 5 puntos. En caso contrario 0 puntos sujeto fórmula a juicio de valor”.

La página 32 de la oferta de la entidad adjudicataria señala que *“todas las máquinas llevarán su correspondiente número identificativo con los siguientes datos: (...)*

• Teléfono de atención al cliente”.

En este sentido, debemos acudir a la cláusula 3 del pliego de prescripciones técnicas el cual señala:

“3. CARACTERÍSTICAS DE LAS MÁQUINAS A INSTALAR.

Las máquinas a instalar serán nuevas o estarán en perfecto estado estético y funcional.

Las máquinas deberán llevar su correspondiente referencia o número identificativo, figurando claramente señalado el nombre de la empresa y su domicilio social, correo electrónico y un número de teléfono para atención directa al usuario en caso de incidencias en el funcionamiento de las mismas”.

Con lo cual puede estimarse que el contenido de la oferta debe llevar un número de teléfono de forma obligatoria, siendo el hecho diferenciador, con relación a considerar que se adelanta información el hecho de exponer que el mismo sea gratuito.

Si bien en la oferta de la entidad adjudicataria no se expresa que sea gratuito, sí se acompaña la siguiente imagen:



En la misma, como puede observarse de forma ostensible figura un número que comienza con una numeración de marcación gratuita, así como se acompaña un número de mensajería instantánea gratuita a través de una aplicación informática de telefonía móvil. La aportación de esta información no era necesaria para cumplir con los requisitos del pliego de prescripciones técnicas.

Por tanto, esta aportación no puede calificarse como genérica de documentos pudiendo surtir el efecto denunciado por la entidad recurrente, es decir, se aprecia una inclusión patente y clara de documentación de un sobre en otro. El principio de proporcionalidad no puede invocarse, pues además lo denunciado por el órgano de contratación, con relación a la entidad recurrente, con relación a que también incluye un número de teléfono, lo cierto es que en su oferta establece lo que denomina un “call center” en el apartado 2.2 dentro del plan de mantenimiento correctivo. Observada la oferta de la entidad recurrente, cumple afirmar que lo único que expresa la oferta es que *“cada una de las máquinas dispondrá de un número de identificación para mejorar la eficiencia del servicio. El usuario o el personal de la Universidad o personal de Selecta, al dar el aviso sobre la incidencia de la máquina con su número de identificación facilita la mejora del tiempo de respuesta”*. No se infiere en ningún momento que el servicio sea gratuito que es a lo que se refiere el criterio evaluable de forma automática del apartado A3) del cuadro resumen.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en la oferta de la entidad adjudicataria, donde no existen dudas sobre el carácter gratuito del teléfono anunciado en la oferta, de tal modo que era obvio que antes de proceder a la aprobación de la puntuación otorgada respecto de los criterios sujetos a juicio de valor por un total de hasta 40 puntos, la mesa de contratación ya conocía que, presumiblemente, la oferta de la adjudicataria obtendría 5 puntos por dicho criterio recogido en el apartado A3.

Procede, pues, estimar este motivo del recurso, pues de forma clara se ha adelantado un dato relevante correspondiente a los criterios automáticos, conculcando el artículo 157.2 LCSP.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del recurso.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso, se indica que la misma conlleva la anulación del acto impugnado, la resolución del órgano de contratación de adjudicación, con retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a la exclusión de la oferta presentada por la entidad adjudicataria, continuando el procedimiento hasta la adjudicación en su caso, con mantenimiento de la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AB SERVICIOS SELECTA ESPAÑA, S.L.U.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 11 de julio de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “contrato administrativo especial para la explotación de máquinas expendedoras de bebidas calientes, bebidas frías y productos alimenticios”, (expediente número 2023/04),



convocado por la Universidad de Jaén, con los efectos establecidos en el fundamento séptimo.

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

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.

