



EB 2017/0103

Resolución 102/2017, de 20 de septiembre de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ESK SINDIKATUA contra el anuncio, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que deben regir la contratación de la “Explotación de cafetería y máquinas expendedoras para la Hospital Alfredo Espinosa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 31 de julio de 2017, interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ESK SINDIKATUA contra el anuncio, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que deben regir la contratación de la “Explotación de cafetería y máquinas expendedoras para la Hospital Alfredo Espinosa”, tramitado por Osakidetza

SEGUNDO: El mismo día de su presentación, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se recibió en el registro de este órgano el día 4 de agosto 2017.



TERCERO: En la Resolución B-BN 18/2017, de 7 de agosto de 2017, este OARC/KEAO acordó estimar la medida provisional solicitada por ESK SINDIKATUA y acordar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en los expedientes interesados distintos del recurrente y del poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de quien actúa en nombre de la recurrente. En lo que respecta a su legitimación para interponer el recurso, en la Resolución 024/2017, de 20 de febrero de 2017, este OARC/KEAO admitió la de ESK SINDIKATUA para interponer un recurso especial contra los pliegos del contrato de “Gestión del servicio de alimentación, cafetería y vending para el Hospital de Urduliz” por considerar que la pretensión de anulación de los pliegos basada en que éstos no respetan los acuerdos producto de la negociación colectiva, que limitan o impiden el recurso a la externalización de servicios, supone ostentar un interés legítimo conectado claramente con las finalidades institucionales del sindicato recurrente y con los derechos e intereses de sus afiliados. Pues bien, en el recurso cuyo estudio nos ocupa, la misma central sindical, ESK SINDIKATUA, solicita la anulación de los pliegos fundándose para ello en unos argumentos sustancialmente idénticos a los utilizados en el recurso que se resolvió con la Resolución 024/2017 citada. Consecuentemente, se debe apreciar su legitimación para impugnar los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que deben regir la contratación de la “Explotación de cafetería y máquinas expendedoras para la Hospital Alfredo Espinosa”.

SEGUNDO: Osakidetza, en su informe opone que el contrato impugnado no se halla sujeto al recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 44 a 49 del TRLCSP por ser su calificación la de administrativo especial, debiéndose abordar esta cuestión en primer lugar.



Es doctrina reiterada (ver, por todas, la Resolución 075/2016) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le hayan dado las partes, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con el TRLCSP y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública.

Es cierto que este OARC/KEAO en pronunciamientos anteriores (ver, la Resolución 087/2013) ha considerado que no se hallaban sujetos al recurso especial contratos que tienen por objeto la explotación de servicios de cafetería y de vending con una estructura obligacional sustancialmente parecida a la que nos ocupa, por carecer de la nota propia de los contratos de servicios, pues la Administración no garantizaba una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que los riesgos de la explotación se transferían al contratista, siendo ésta precisamente la nota característica de los contratos de concesión de servicios según la jurisprudencia del TJUE que, en el momento del dictado de dichas resoluciones, era una categoría contractual no adoptada aún por directivas de contratación y no incluida en el recurso especial. Se descartaba por estos motivos la calificación del contrato como de servicios y se indicaba que, a pesar de ser muy debatida doctrinal y jurisprudencialmente su naturaleza, parecía mayoritaria la opción de considerarlos dentro de la categoría de contratos administrativos especiales.

Pero desde el dictado de esta resolución ha finalizado el plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante, “Directiva de contratos”) y de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, “Directiva de concesiones”), relevantes para el análisis de la cuestión suscitada, por lo que se debe analizar si las prestaciones definidas en los pliegos impugnados cabe subsumirlos en alguna de las definiciones que de cada tipo contractual



efectúan éstas y que tienen efecto directo según se expresa, por ejemplo, en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los tribunales administrativos de recursos contractuales¹.

Los pliegos impugnados comprenden dos objetos contractuales que son conjuntamente licitados y serán adjudicados a un único licitador: (i) el servicio de cafetería, que incluye el servicio de comedor tanto para el personal del centro como para el público en general (cláusula 3.2 del PCT) y que conllevará la realización de la obra de acondicionamiento correspondiente y dotación del equipamiento necesario (cláusula 4 del PCT); (ii) el servicio de explotación de máquinas de vending. La remuneración que percibirá el contratista por la ejecución del contrato será la obtenida de la explotación de la cafetería, comedor y máquinas suministradoras de bebidas y determinados alimentos, debiendo abonar el adjudicatario al poder adjudicador una cantidad en concepto de canon de explotación (punto 4 de la carátula del PCAP), cuyo importe es criterio de adjudicación.

En primer lugar, debe descartarse que nos hallemos ante la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de contratos (art. 10.a) y de la Directiva de concesiones (art. 18.a), pues en los pliegos impugnados lo relevante para el poder adjudicador es asegurar el servicio de cafetería y comedor para el personal de guardia y personal autorizado, y a tal efecto los pliegos incluyen la obligación de que el adjudicatario pacte con el centro hospitalario un horario que, en todo caso, deberá asegurar la cobertura de pensiones para el citado personal (Cláusula 3.2 del PCT) y uno de los criterios para la adjudicación del contrato es el del precio del menú para el personal de guardia, autorizado o de pago, ponderado con 46 puntos sobre 100, así como ofrecer un servicio de

¹ Disponible en:

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf



comida y bebida a disposición del público en general (básica y fundamentalmente para las personas que acompañen a los enfermos internados en el centro que, de esta forma, no verán obligados a desplazarse fuera de él). Además, se obliga al adjudicatario a realizar a su costa obras de acondicionamiento del inmueble y de suministro de los bienes necesarios para su correcto funcionamiento. Estas dos notas, la de adquisición de un servicio tendente a satisfacer las necesidades del personal del poder adjudicador y, en general, de las personas que acudan al centro hospitalario, y la realización de obras y suministro de equipamiento para la prestación del mismo, excluyen que nos hallemos ante un contrato de contenido patrimonial (ver, en este sentido, la Resolución 091/2016 y la jurisprudencia del TJUE citada en la misma) y que, por ello, nos hallemos ante un contrato concesional.

Como ya señaló este OARC / KEAO en la Resolución 091/2016, la Directiva de Concesiones define en su artículo 5 este tipo contractual como un contrato oneroso celebrado por escrito por el cual uno o más poderes adjudicadores confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la concesión de obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, siendo la contrapartida bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con el pago de un precio. En los pliegos que se impugnan la remuneración íntegra del contratista por los servicios prestados y las obras y suministros de equipamientos realizados es la que percibe de los usuarios del servicio. En los pliegos impugnados no se asegura al adjudicatario ni un beneficio mínimo ni la recuperación del gasto en el que haya podido incurrir por la ejecución de las obras de acondicionamiento y equipamiento que, por otra parte, son necesarias para la explotación del servicio de cafetería y comedor. Consecuentemente, se puede afirmar que el contrato impugnado goza de las notas características del contrato de concesión.



La Directiva de concesiones modifica la Directiva 89/665, de recursos, con el fin de que el objeto del recurso coincida con los contratos regulados por las Directivas de contratos públicos. Siendo el umbral de aplicación de la Directiva de concesiones el de 5.225.000,00 € (art. 8.1 Directiva de concesiones, modificado por Reglamento Delegado 2015/2172/UE, de 24 de noviembre), únicamente estarán sujetos a recurso especial aquellos contratos de concesión que superen dicho umbral. Siendo el cálculo del valor estimado efectuado por el poder adjudicador (Anexo II del PCT y punto 21 de la carátula del PCAP) inferior al señalado, cabe concluir que el recurso no se halla sujeto al recurso especial.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial interpuesto por ESK SINDIKATUA contra el anuncio, los pliegos de condiciones y los documentos contractuales que deben regir la contratación de la “Explotación de cafetería y máquinas expendedoras para la Hospital Alfredo Espinosa”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada por Resolución B-BN 18/2017, de 7 de agosto de 2017, este OARC/KEAO.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko irailaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de septiembre de 2017