

Resolución 2/2015, de 16 de enero de 2015, 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 ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA DE BIZKAIA-BIZKAIKO BIDE LAGUNTZA frente al anuncio y pliegos rectores del contrato de “Servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de septiembre de 2014 la entidad ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA DE BIZKAIA-BIZKAIKO BIDE LAGUNTZA (en adelante, DYA) interpuso ante el Registro de la Administración General del País Vasco un recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y pliegos rectores del contrato de “Servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

El recurso especial, el expediente de contratación y el informe al recurso del artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada 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 día 19 de septiembre de 2014.

SEGUNDO: Solicitadas el día 5 de diciembre de 2014 alegaciones a los interesados, se han recibido en el plazo otorgado las de la SOCIEDAD COOPERATIVA LARRIALDIAK, S, COOP. (en adelante, LARRIALDIAK)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, adoptados por los poderes adjudicadores.

SEGUNDO: La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

TERCERO: Los pliegos del contrato impugnado califican el contrato como de gestión de servicio público en la modalidad de concierto, y establecen que el recurso procedente es el de alzada (cláusula 49.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP). Así, LARRIALDIAK alega que no cabe el recurso especial en materia de contratación, toda vez que se impugna un contrato de gestión de servicios públicos cuyos gastos de primer establecimiento no superan los 500.000 € ni tiene una duración superior a los 5 años.

Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) 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 haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con las definiciones que para cada tipo establece la legislación contractual (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). La citada legislación ha de interpretarse del modo que resulte más adecuado para que las Directivas que incorpora tengan el efecto útil buscado por el legislador europeo. Si tal interpretación no es posible, y el precepto de la directiva tiene un contenido normativo claro, preciso e incondicionado que reconoce derechos concretos a los particulares frente a

los poderes públicos y que no se ha incorporado en el plazo marcado, o se ha incorporado incorrectamente, la Directiva debe aplicarse con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga y los particulares pueden alegarla ante las autoridades nacionales, que deben aplicarla frente a cualquier norma nacional que la contradiga (Sentencia del TJUE de 24/9/1998, asunto C-76/97).

A la vista de lo anterior, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...).»; esta definición es idéntica a la que establece el artículo 1.2 d) de la Directiva 2004/18 /CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en ella caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador son precisamente las características que permiten descartar que el contrato sea una concesión de servicios, figura no comprendida en el ámbito de la Directiva 2004/18 (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10). Dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de servicios debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación o naturaleza se reputen distintas en el TRLCSP. Consecuentemente, el recurso debe ser considerado como referido a un contrato de servicios y aceptada su tramitación, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto, que también versa, como se verá, sobre la naturaleza jurídica del contrato.

TERCERO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) Se impugnan el anuncio de licitación, la carátula del pliego de cláusulas administrativas, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) sólo y exclusivamente por lo que respecta a la definición del tipo de contrato al que viene referido y que consta como de gestión de servicio público de transporte y asistencia sanitaria, la cual se considera una conceptualización incorrecta en términos jurídicos ya que debería haberse calificado como contrato de servicios.

b) Llama la atención que en las anteriores licitaciones efectuadas por el Gobierno Vasco la definición del tipo de contrato ha sido distinta que la que ahora nos ocupa, cuando el objeto en todas ellas y las prestaciones objeto de contratación son absolutamente idénticos. Así, un contrato calificado en licitaciones precedentes como de servicios, cuya definición viene establecida en el artículo 10 del TRLCSP, pasa ahora a definirse como contrato de gestión de servicio público, cuya delimitación queda regulada en el artículo 8 de ese mismo texto legal. La definición del contrato tiene su importancia en la medida en que esta cuestión ha sido objeto de controversia por la empresa AMBUIBERICA en la impugnación de la adjudicación del contrato a favor de DYA en la licitación precedente (Expte. 32/2014), a través del correspondiente recurso especial en materia de contratación.

c) Por su propia naturaleza y de conformidad con la doctrina y jurisprudencia el contrato ha de ser calificado de servicios y cita en defensa de su argumento el Informe 2/2012, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

d) Deberá examinarse la modalidad de retribución para verificar si existe una verdadera transmisión del riesgo de explotación, tal y como exige la jurisprudencia comunitaria y, en consecuencia, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, o si esta transmisión del riesgo no se produce y la calificación del contrato ha de ser diferente. Pues bien, el sistema de

determinación del precio del contrato es por unidad de tiempo (lote/mes), con independencia del número de servicios prestados, siendo los servicios a prestar en cada momento los que resulten necesarios para la RTSU/Centro de Coordinación, cualquiera que fuese su número, duración o composición, sin que pueda determinarse previamente el número de servicios a prestar, quedando el precio determinado a tanto alzado con pagos iguales mensuales con independencia del número de servicios demandados/prestados (apartado 4.1 carátula PCAP). Ello unido a que el servicio lo organiza la propia Administración (cláusula 10 PCAP) y que la retribución económica no es percibida, en ningún caso, directamente de los usuarios, hace que el contrato deba calificarse de servicios.

e) En el contrato impugnado, la frecuencia del servicio no está previamente determinado y, por tanto, si éstos son más o menos, es indiferente puesto que el precio a percibir siempre será el mismo.

f) Las consecuencias del error en la calificación del contrato vienen resumidas en el Informe de la Junta Consultiva de Aragón 2/2014, que son: (i) Mientras que el contrato de gestión de servicio público está excluido de la aplicación de la Directiva 2004/18, el contrato de servicios a partir de unos umbrales está sometido a la misma, aunque con un régimen distinto según se trate de servicios de las categorías 1 a 16 o 17 a 27 del Anexo II (ii) el distinto grado de sometimiento al régimen especial de reclamaciones en materia contractual, cuestión de nulidad y recurso especial, pues la primera no resulta aplicable en ningún caso a los contratos de gestión de servicio público y en cuanto al recurso especial sólo procede en aquellos contratos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros (IVA excluido) y el plazo de duración superior a cinco años y (iii) los plazos de duración de los contratos son distintos, mucho mayores en el contrato de gestión de servicio público que en el de servicios y la exigencia de clasificación sólo es aplicable al contrato de servicios y no al de gestión de servicio público.

CUARTO: Por su parte, el poder adjudicador basa su oposición en los siguientes argumentos:

a) El servicio de RSTU se encuentra recogido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP en el que se contienen los servicios susceptibles de un contrato de servicios pero, a su vez, estos servicios pueden ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos. La dificultad de calificar el contrato se ha plasmado en la manera de contratar de las diferentes comunidades autónomas. Por ejemplo, Aragón, Cantabria, Ceuta y Castilla León han optado por la tipología de contrato de gestión de servicio público. Sin embargo. Nuestra comunidad autónoma siguiendo las recomendaciones vertidas en el informe 13/11 de 18 de octubre, de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa (en adelante, JACA), en las últimas contrataciones realizadas ha optado por la tipología del contrato de servicios. A su vez, la propia Junta Asesora de la Contratación Administrativa, en su informe 16/2013, de 7 de octubre, ya adelantaba que «(...) la incardinación de la contratación de prestaciones sanitarias en uno u otro tipo parece que puede perder en un futuro próximo el interés y debate que se suscita en la actualidad, ya que la especificidad de la contratación de servicios de salud (junto con los educativos y sociales) ha sido reconocida en el ámbito comunitario, particularmente, en la propuesta de revisión de las directivas sobre contratación pública, ya que se considera que el régimen general de la contratación no se adapta a los servicios de salud, como tampoco lo hace a los servicios sociales y de la educación. Estos servicios, por su naturaleza, tienen una dimensión transfronteriza limitada, y se prestan en un contexto particular que varía mucho de un estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales, hechos que motivan el establecimiento de un régimen específico para la contratación de estos servicios.», concluyendo el informe que «(...) hoy por hoy, y hasta que la directiva no se apruebe, la alternativa a los contratos de servicios es la modalidad concierto del contrato tipo de gestión de servicio público.»

b) La Directiva 2014/24 UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, abre el escenario que adelantaba este informe de la JACA pues extrae de la categoría general de contrato de servicios a los que tengan por objeto servicios sociales y otros servicios específicos, entre los que figuran servicios de salud, respecto de los que introduce una nueva categoría (contratos de servicios sociales y otros servicios específicos), instando a los estados miembros a que regulen en su normativa este nuevo tipo contractual. El estado dispone de 2 años para proceder a la transposición de la Directiva, pero

durante este tiempo, la contratación estatal, regulada mediante el TRLCSP, no puede ir en contra del contenido de la citada Directiva.

Los tipos contractuales de servicios y gestión de servicio público, salvando las diferencias lógicas que conllevan, en los elementos básicos son muy similares. De hecho, una de las diferencias, que puede consistir en la duración total del contrato, se ve solventada por el Decreto 77/97, de 8 de abril, por el que se establecen las bases para la concertación de servicios sanitarios, vigente en la actualidad, dado que en su artículo 7.3 establece que los conciertos de asistencia sanitaria suscritos mediante contrato de gestión de servicios públicos no podrán superar en su duración, incluidas las prórrogas los cinco años.

c) En ambos casos (contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios), lo verdaderamente importante es garantizar que las entidades participen en ambas tipologías contractuales de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de contratos del sector público y, en todo caso, con pleno respeto de los principios comunitarios que rigen la contratación pública, especialmente los de publicidad, de igualdad de trato y de no discriminación.

d) Respecto al principio de publicidad, en ambas tipologías contractuales el objeto de contrato no tiene publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea dado que los servicios de la categoría 25 se exceptúan de dicha publicidad.

e) La transmisión del riesgo del contrato se ha visto modificado con respecto a los contratos que tenían el mismo objeto adjudicados como contratos de servicios pues en este nuevo, los recursos (ambulancias), que como contrato de servicios constituían cada una de ellas un lote, se han distribuido en 4 lotes en virtud de la división territorial y geográfica. Cada lote constituye una unidad funcional, la cual supone para el empresario la posibilidad de llevar a cabo una gestión racional y eficiente de los recursos y para la administración un mayor control en la ejecución del servicio. Por lo tanto, la entidad adjudicataria de cada lote deberá gestionar y realizar la prestación del servicio de RSTU. El precio queda determinado a tanto alzado con pagos iguales mensuales, con independencia del número de servicios demandados y la contratista será

responsable de los incumplimientos o cumplimientos defectuosos y de los perjuicios que pueda causar en la prestación del servicio. El adjudicatario cobrará lo mismo mes a mes, haya muchas activaciones o no. A su vez, desde la Administración no se ha introducido ningún tipo de mecanismo de compensación que garantice un nivel de beneficios o ausencia de pérdidas al adjudicatario de cada lote.

QUINTO: Por su parte, Sociedad Cooperativa Larrialdiak, S. Coop. (en adelante, LARRIALDIAK), alega lo siguiente:

a) Tal y como reconoce la recurrente, la resolución impugnada es publicada el 1 de septiembre y el plazo de presentación de ofertas finalizaba el 16 de septiembre de 2014, por lo que el recurso es extemporáneo.

b) Al formular su oferta, la recurrente aceptó las reglas fijadas por el pliego sin que le sea lícito ahora cuestionar su validez.

c) El fondo del recurso carece de fundamento pues la figura contractual elegida encaja perfectamente tanto en el sistema de contratación pública como en el sistema público de salud, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8 y 227 del TRLCSP y artículo 2.a) del Decreto 77/1997, de 8 de abril, que dispone que podrán ser objeto de concertación el transporte sanitario y urgente.

SEXTO: En primer lugar, se abordarán las cuestiones de índole procesal planteadas por LARRIALDIAK, comenzando por la referente a la extemporaneidad del recurso. El artículo 44.2 a) TRLCSP establece que «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.»

LARRIALDIAK, entidad interesada personada en el procedimiento, entiende que, de acuerdo con esta norma, el recurso es extemporáneo, pues la puesta a disposición se produjo el día 1 de septiembre de 2014 mediante la publicación

en el BOPV, finalizando el plazo de presentación de ofertas el día 16 de septiembre de 2014.

El alegante confunde el plazo de presentación de ofertas con el plazo de presentación del recurso. A este respecto, cuando lo impugnado son los pliegos del contrato o su anuncio, este Órgano resolutorio, en criterio que es recogido, entre otras, en la Resolución 78/2012 del OARC / KEAO, viene a considerar que si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones (17 de septiembre de 2014). Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC / KEAO (ver, por todas, las Resoluciones 11/2014 y 83/2014), y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC / KEAO y que en su Fundamento de Derecho Segundo afirma:

«El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley 30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.»

En consecuencia, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SÉPTIMO: Plantea LARRIALDIAK la falta de legitimación del recurrente por haber presentado oferta al contrato cuyos pliegos impugna. En lo que respecta a esta cuestión, la recurrente se halla legitimada para interponer el presente recurso y no obsta a ello el hecho de que haya presentado oferta pues lo contrario sería tanto como debilitar el efecto útil del recurso especial al establecer obstáculos a aquellos empresarios que, aun entendiendo que el pliego no es ajustado a derecho están interesados en la adjudicación del mismo (ver la Resolución 106/2014 del OARC / KEAO).

OCTAVO: La cuestión de fondo planteada por el recurso es si la calificación del contrato es de servicio o de gestión de servicio público en la modalidad de concierto, cuestión que, con alcance meramente procesal, ya se ha tratado anteriormente. Toca ahora reiterar que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia europea ya citadas, no cabe duda de que el contrato tiene naturaleza de contrato de servicios. La inserción de la figura del concierto recogida en el artículo 277 c) del TRLCSP dentro del concepto comunitario de contrato de servicios está expresamente resuelta, aunque de manera incidental, por el apartado 32 de la sentencia del TJUE de 27/10/2005, asunto C-158/03, señalando la inexistencia de transmisión de riesgos y la remuneración directa por la Administración como datos decisivos.

Debe matizarse ahora el alcance del hecho de que el contrato impugnado sea un contrato de servicios para el derecho comunitario. La Directiva 2004/18 distingue dos grandes tipos de servicios a efectos de su grado de sujeción a las normas sobre procedimientos de adjudicación. Por un lado, los contratos de servicios que figuran en el Anexo II A, que se adjudican con arreglo a los artículos 23 a 55 y que se corresponden sustancialmente con los servicios sujetos a regulación armonizada del artículo 16 del TRLCSP (artículo 20 de la Directiva 2004/18), y por otro, los contratos de servicios que figuran en el anexo II B, cuya adjudicación sólo está sujeta al artículo 23 (especificaciones técnicas) y al apartado 4 del artículo 35 (publicación de la adjudicación), según establece el artículo 21 de la Directiva. A este segundo grupo (los denominados

“servicios no prioritarios”) pertenecen las prestaciones que son objeto del contrato impugnado, incluidas en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP (servicios sociales y de salud), epígrafe 85143000-3 (servicio de ambulancias) del Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV). El mandato de incorporación al ordenamiento interno del citado artículo 21 está ampliamente satisfecha para los servicios no prioritarios por el TRLCSP con una normativa que es, al igual que sucede en muchos otros aspectos (procedimiento de adjudicación, p.ej.) idéntica a la prevista para los servicios sujetos a regulación armonizada. La citada regulación es igualmente aplicable a los contratos de gestión de servicio público en su modalidad de concierto. En este sentido, el hecho de que la legislación interna califique como conciertos contratos que la normativa europea considera contratos de servicios es irrelevante, pues lo verdaderamente fundamental es que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18. Salvada esa exigencia, y la de que los contratos considerados de servicios en el ámbito europeo tengan acceso al recurso especial sea cual sea su naturaleza o denominación nacional, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar la preparación, adjudicación y ejecución de los servicios no prioritarios como le parezca más oportuno, siempre que se respeten los principios generales de los Tratados de la UE (igualdad de trato, no discriminación por razón de nacionalidad, transparencia, etc.). Partiendo de esa libertad de regulación, y a la vista de la documentación que consta en el expediente se observa lo siguiente:

a) El artículo 10 TRLCSP considera contratos de servicios «aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. A los efectos de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II». Este precepto reproduce, como ya se ha dicho, el artículo 1.2 de la Directiva 2004/18. No hay duda de que el contrato analizado satisface esta definición.

b) El artículo 8.1 TRLCSP define el contrato de gestión de servicio público como «(...) aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social encomienda a una persona,

natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua competente». También parece claro que se satisface esta definición, puesto que el objeto del contrato es un servicio público competencia de la Administración de la CAE y que el ciudadano tiene derecho a percibir en los términos legalmente previstos y dicha Administración la obligación de prestar, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, en relación con el art. 7.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y el art. 6 y Anexo VIII del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el concierto es una modalidad de contrato de gestión de servicio público caracterizado por formalizarse con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate (artículo 277 c) TRLCSP), definición en la que, en principio, cabe perfectamente la prestación analizada. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con las otras modalidades de contrato de gestión de servicio público (concesión, sociedad de economía mixta y gestión interesada, las cuales sí coinciden sustancialmente con la concesión en el sentido del derecho europeo) el concierto no requiere la transferencia del riesgo o el pago por los beneficiarios del servicio; de hecho, el artículo 6.1 c) del Decreto 77/1997 establece que los servicios de transporte sanitario entran en la categoría de conciertos sanitarios y su forma de retribución prevista es una tarifa pagada por la Administración contratante.

La anomalía que supone que la misma prestación pueda incardinarse en dos figuras contractuales diferentes obedece a que la regulación del contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP está basada en la idea, tradicional en el Derecho Administrativo español, de que el rasgo fundamental de este contrato es su vinculación con un servicio público definido en sentido estricto y previamente dotado de un régimen jurídico que lo configure, sin que sea imprescindible la transferencia del riesgo que pide el derecho europeo para la concesión, la cual puede darse en algunas modalidades (concesión, sociedad de economía mixta, gestión interesada) y no en otras (concierto). Por el

contrario, la definición de contrato de servicios en el artículo 10 del TRLCSP recoge el carácter residual y amplio que este tipo tiene en la Directiva 2004/18. Debe recordarse que antes del TRLCSP, el contrato de servicios debía ser “complementario del funcionamiento de la Administración”, lo que lo distinguía del contrato de gestión de servicio público, cuyo destinatario siempre era la ciudadanía; eliminada ahora esa distinción, no hay diferencia sustancial entre el contrato de servicios y el concierto, como no sea que en este último existe un servicio público reglado, nota posible pero no estrictamente necesaria en el primero. La cuestión debe resolverse en el ámbito del derecho interno, pues, en este caso, referido a servicios no prioritarios, los requisitos del derecho comunitario se cumplen tanto en la normativa nacional del concierto como en la del contrato de servicios, siempre que no se limite el acceso al recurso especial de todos los contratos que, como el analizado, para la Directiva 2004/18 son de servicios. Consecuentemente, se puede afirmar que, en principio, en el marco del TRLCSP, el servicio de ambulancias puede ser objeto tanto de un contrato de servicios como de un contrato de gestión de servicio público (ver, por ejemplo, la Resolución 267/2013 del TACRC), si bien, en ambos casos, con sujeción al marco legal elegido.

NOVENO: En lo que respecta a la alegación de que la definición del contrato ha sido objeto de controversia por la empresa AMBUIBÉRICA en un recurso anterior, este órgano resolutorio quiere poner de manifiesto que en dicha controversia no hubo pronunciamiento expreso al respecto pues la Resolución 98/2014, de 30 de septiembre de 2014, desestimó dicho motivo de impugnación –el de la calificación del contrato– por referirse al contenido de los Pliegos, que son los documentos que recogen el régimen legal del contrato, y en dicho caso no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que se apreció que debía primar el carácter preclusivo del plazo de interposición del recurso.

DÉCIMO: El reproche efectuado sobre el cambio del tipo contractual cuando la prestación contratada es la misma tampoco puede prosperar, pues, en principio, no cabe objeción al hecho de que se opte por la prestación del servicio en la modalidad de concierto, pues ésta es una modalidad amparada por el TRLCSP y por el art. 6 2.c) del Decreto 77/1997, de 8 de abril, por el que

se establecen las bases para la concertación de servicios sanitarios por el Departamento de Sanidad, al disponer que podrán ser objeto de concertación el transporte sanitario programado y urgente.

UNDÉCIMO: Como ha señalado este Órgano resolutorio en anteriores pronunciamientos –Resolución 76/2014, de 31 de julio de 2014–, de conformidad con el art. 47.2 del TRLCSP las resoluciones de este órgano han de ser congruentes con la petición. Ello significa que se ha de dar respuesta a las distintas pretensiones formuladas, evitando que se produzca un desajuste entre la parte dispositiva de la resolución y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, debiéndose evitar, por tanto, el conceder más o menos o cosa distinta a la pedida.

La pretensión de la recurrente es la de que «(...) con estimación del recurso, proceda a anular la definición del tipo de contrato de la presente licitación 31/2014 como de “gestión de servicio público” en todas las definiciones, puntos y cláusulas en las que así aparezca, y dictar resolución por la que se declare que el contrato debe ser considerado como “contrato de servicios”.» En consecuencia, éste debe ser el marco del pronunciamiento de este órgano que, en el Fundamento de Derecho Octavo de esta resolución se ha pronunciado sobre la posibilidad de que prestaciones que la Directiva considera como servicios puedan insertarse en el TRLCSP en otras categorías de contratos, como la de gestión de servicio público bajo la modalidad de concierto, si bien los preceptos de las directivas destinados a los contratos de servicios deberán aplicarse con independencia de la calificación que le dé a estos contratos el derecho nacional. Siendo inaceptable dicha pretensión por los motivos expuestos, el recurso debe desestimarse.

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,

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA DE BIZKAIA-BIZKAIKO BIDE LAGUNTZA frente al anuncio y pliegos rectores del contrato “Servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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, 2015eko urtarrilaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de enero de 2015