



EB 2020/037

Resolución 052/2020, de 9 de marzo, de la 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 la empresa IPARVENDING CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra la declaración de desierto del procedimiento de contratación del “Servicio de máquinas expendedoras de bebidas frías y/o calientes y productos alimenticios en la OSI Barrualde-Galdakao reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y a Empresas de Inserción”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 3 de marzo de 2020, la empresa IPARVENDING CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. 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), un recurso especial en materia de contratación pública contra la declaración de desierto del procedimiento de contratación del “Servicio de máquinas expendedoras de bebidas frías y/o calientes y productos alimenticios en la OSI Barrualde-Galdakao reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y a Empresas de Inserción”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 3 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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). Dicha documentación se ha recibido entre los días 6 y 9 de marzo.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T20C3-SGWP bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T20C3-SGWP en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



TERCERO: No constan otros interesados en el procedimiento al margen de la recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO: Sobre la admisibilidad del recurso

Procede, en primer lugar, determinar si se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, ya que de ello depende la competencia del OARC/KEAO para conocer de la impugnación, cuestión previa sobre la que debe decidir este Órgano. A este respecto, debe analizarse, la naturaleza del negocio jurídico para determinar luego su régimen legal.

a) Sobre la condición de contrato patrimonial

Según la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el objeto contractual consiste en el Servicio de máquinas expendedoras de bebidas frías y/o calientes y productos alimenticios en la OSI Barrualde-Galdakao reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y a Empresas de Inserción. Por otra parte, la remuneración que percibirá el contratista por la ejecución del contrato será la obtenida de la explotación de las máquinas suministradoras de bebidas y de determinados alimentos, debiendo abonar el adjudicatario al poder adjudicador una cantidad en concepto de canon de explotación, cuyo importe es criterio de adjudicación. De lo anterior, de la Memoria de necesidad del contrato, y de la fijación en el clausulado de condiciones de calidad y precio de los productos, se deduce que la finalidad del contrato es obtener una prestación que le permita ofrecer un mejor servicio a los usuarios y al personal del hospital, junto con la fijación de condiciones especiales de ejecución (de tipo social y medioambiental) y condiciones de prestación, como las relativas a productos o precios. Todo ello lleva a descartar que se pueda incluir el negocio dentro de la categoría de los contratos patrimoniales, los cuales se caracterizan porque en ellos el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, sino tan solo regular



el derecho de un operador económico a explotar determinados recursos de carácter público, sin contratar obras o servicios específicos (ver la Resolución 91/2016 del OARC / KEAO y los apartados 44 a 48 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, que se remiten también a las STJUE de 11 de junio de 2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23).

b) Sobre la condición de concesión de servicios

Una vez descartada la naturaleza patrimonial del contrato, ha de determinarse si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. Debe recordarse que lo que distingue al primero del segundo no es su objeto, que en ambos casos es la adquisición de un servicio, sino la contraprestación, que en el primero es un precio y en el segundo consiste en el derecho a explotar el servicio (acompañado o no de un precio) siempre y cuando además se traslade el «riesgo operacional» al adjudicatario en el sentido definido en el artículo 15.2 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC / KEAO).

Al respecto, se observa que en la cláusula 3 de las Cláusulas específicas del contrato se establece que, Dadas las características del contrato, la OSI Goierri Alto Urola no llevará a cabo ningún pago económico por la prestación del servicio. La empresa adjudicataria cobrará directamente a las personas usuarias a través del precio que se fije en la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. De lo transcrito se desprende que existe un riesgo de demanda (artículo 15 en relación con el 14.4, ambos de la LCSP), dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios objeto del contrato en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. En efecto, y tal como lo señala la Resolución 203/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, los usuarios y el personal del hospital no están obligados a utilizar los servicios de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, 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 este sentido, se puede afirmar que, a la vista de los datos que constan en el expediente, el contrato impugnado tiene las notas características de la concesión de servicios (ver, en este sentido, la Resolución 46/2020 del OARC/KEAO).

c) Conclusión

Establecido lo anterior, y dado que el valor estimado del contrato no alcanza el umbral mínimo requerido por el artículo 44 1.c) de la LCSP para poder interponer el recurso especial en materia de contratación, procede, de acuerdo con el artículo 55 a) de la LCSP, declarar la inadmisión del recurso por falta de competencia de este Órgano para su resolución, sin que deban analizarse las cuestiones de fondo alegadas.

Por último, cabe recordar que el artículo 44.6 de la LCSP dispone que Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por lo que procede su remisión al Director General de Osakidetza, órgano competente según el artículo 5.2 de los Estatutos Sociales de Osakidetza (Decreto 255/1997), a los efectos de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa IPARVENDING CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L. contra la declaración de desierto del procedimiento de contratación del “Servicio de máquinas expendedoras de bebidas frías y/o calientes y productos alimenticios en la OSI Barrualde-Galdakao reservado a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social y a Empresas de Inserción”, tramitado por Osakidetza, al referirse a un contrato que por su valor estimado no cabe recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Remitir el escrito de recurso al Director General de Osakidetza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

CUARTO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

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

SEXTO: 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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko martxoaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de marzo de 2020