

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de junio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.E.T., en nombre y representación de MUSleduca, S.L., contra el Anuncio de licitación del Contrato “Gestión de Servicio Público Educativo de la Escuela Municipal Infantil, sita en la calle Santiago Apóstol”, del municipio de Paracuellos del Jarama, número de expediente: 08/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 25 de mayo de 2016 se publicó en el BOE la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, calificado como gestión de servicio público, mediante pluralidad de criterios, con una duración de cinco años. En el anuncio de licitación no se consigna el valor estimado del contrato, ni la existencia de gastos de primer establecimiento, únicamente se señala en el punto 4 del anuncio que el presupuesto de licitación debe desglosarse, en 228 euros por escolaridad, 96 por comedor y 12 por cada media hora de horario ampliado.

Consta en el punto 6 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, (en adelante PCAP), que no procede fijar gastos de primer establecimiento y que el importe máximo de funcionamiento por curso escolar es de 818.928 euros.

Constan asimismo diversos correos electrónicos entre la recurrente y el servicio de contratación del Ayuntamiento, en los que la primera pone de manifiesto que el contrato debería estar sujeto a regulación armonizada, debiendo haber sido calificado como contrato de concesión de servicios al amparo de la nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante Directiva de Concesiones).

Con fecha 13 de junio se ha producido una rectificación del contenido del PCAP comunicada a los licitadores, con ampliación del plazo de presentación de ofertas modificando el importe máximo de funcionamiento de la escuela de 818.928 euros a 870.983,52 euros.

Segundo.- El 3 de junio de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la convocatoria del contrato, haciendo valer como único motivo de recurso que el contrato debió haberse considerado como sujeto a regulación armonizada, invocando el efecto directo de la Directiva de Concesiones, por tratarse de una concesión con un valor superior a 5.225.000 euros, según los cálculos de su valor que efectúa la recurrente.

La interposición del recurso se comunicó ese mismo día al órgano de contratación, requiriéndole a su vez para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del TRLCSP, remitiera el expediente y el informe preceptivo contemplado en dicho precepto, lo que se produjo el 9 de junio siguiente. En dicho informe se afirma en primer lugar que en este caso no puede considerarse el efecto directo de la Directiva de Concesiones puesto que su artículo 8.3 regulador del método de cálculo del valor estimado de las mismas, no alcanza el suficiente grado de

concreción y precisión para su aplicación, siendo a su juicio, el precepto clave para dilucidar las cuestiones objeto del recurso. Asimismo se alega que el valor económico de la concesión según el PCAP, se encuentra muy por debajo del umbral aplicable, mostrando su disconformidad con los elementos que deben ser incluidos en la valoración, según la recurrente, y su método de cálculo, explicando de forma pormenorizada cuál es dicho valor según sus cálculos y metodología.

Tercero.- No se ha concedido trámite de audiencia al no constar, más interesados que la propia recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama es una entidad local del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso se presenta en tiempo y forma, pues la publicación de la convocatoria tuvo lugar el 25 de mayo de 2016, poniendo a disposición de los interesados los pliegos el mismo día, y el recurso se interpuso el 3 de junio, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- El objeto del recurso determina precisamente la procedencia del mismo, por lo que para dilucidar la procedencia del recurso especial es preciso entrar a conocer del fondo de la pretensión echa valer.

Efectivamente el recurso se dirige contra el anuncio de un contrato calificado como gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, sin gastos de primer establecimiento y con una duración de 5 años. De manera que *prima facie* al no superarse los umbrales de 500.000 euros de gastos de primer establecimiento, y

la duración de 5 años previstos en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, no cabría recurso especial contra la convocatoria del contrato, de no considerar la aplicación vía efecto directo de la Directiva de Concesiones. Sin embargo de la suerte estimatoria o no de la pretensión de fondo dependerá, como decimos, la procedencia del recurso, siendo precisamente esta la cuestión a resolver.

El efecto directo de las Directivas es un instrumento paliativo del incumplimiento por parte de los Estados miembros de la obligación de transposición de las mismas dentro de plazo establecido para ello, en este caso el 18 de abril de 2016, o en los casos de transposición incorrecta del contenido de las mismas; derivado del principio de primacía del derecho comunitario en los términos sentados, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, As. 6/64, Costa-Enel. En todo caso para que proceda la aplicación de las directivas invocadas por los particulares, operadores económicos, es preciso que se den una serie de requisitos y no se franqueen ciertos límites derivados de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. La consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario.

Para que pueda producirse dicho efecto es necesario, entre otros requisitos, como señala, entre otras, la Sentencia del TJUE de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81 que su contenido sea lo bastante claro y preciso *“en todos los casos en que las disposiciones de una directiva se presenten, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo bastante precisas, los particulares están legitimados para invocarlas frente al Estado bien cuando éste se abstenga de adaptar en el plazo debido el Derecho nacional a la directiva, bien porque haya realizado al respecto una adaptación incorrecta”*. Carecen de este requisito de precisión aquéllos preceptos de la Directiva que se refieren a medidas legislativas que apenas delimitan o perfilan, o definen de forma inespecífica.

Por otro lado debe tenerse en cuenta, tal y como, entre otras, señala la Sentencia del TJUE, de 24 de septiembre de 1998, As. Walter Tögel, las

disposiciones relativas al propio ámbito de aplicación y definiciones de las Directivas deben tener efecto directo. En concreto la tipología de cada uno de los contratos sujetos a la Directiva tiene efecto directo con independencia del valor de los mismos, y por tanto de la circunstancia de su consideración como sujetos o no a regulación armonizada, tal y como se señala en las conclusiones del documento de trabajo de 1 de marzo de 2016, elaborado por los Tribunales administrativos de contratación pública, se indica que la tipificación del contrato de concesión de servicios, por su carácter dogmático, ha de funcionar para todo contrato con indiferencia de su importe, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que pudieran existir, a lo que cabe añadir que el umbral tiene efecto directo.

Asimismo la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 1/2016, de 6 de abril, cuando en su punto II señala que *“El ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública y las categorías contractuales habrá que delimitarlas a partir del 18 de abril de 2016, de acuerdo con las directivas 2014/25 y 2914/23/ UE”*, por lo que aplicando lo anterior al supuesto que ahora nos ocupa, teniendo en cuenta que la publicación de la convocatoria se produjo con posterioridad a la finalización del plazo de transposición de la Directiva de Concesiones, queda desplazada con carácter general la categoría contractual de contrato de gestión de servicios públicos por el de concesión de servicios. No resulta incompatible con lo anterior lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación de 15 de marzo de 2016 cuando afirma *“a título aclaratorio conviene indicar a que los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada y que sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirá aplicando las normas de esta Ley correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos”*, entendiéndose que se refiere al régimen jurídico aplicable a la concesión de servicios.

Sentada la procedencia de la aplicación de la Directiva de Concesiones en

cuanto a la tipología y definición de este contrato, cabe añadir que en el caso que nos ocupa la apreciación de la concurrencia de riesgo operativo en el servicio, que por otra parte no se discute, conduce a incardinar el contrato objeto del recurso especial dentro de la definición de concesión de servicios.

En este caso la pretensión de la recurrente es que se declare el contrato como una concesión de servicios sujeta a regulación armonizada, a lo que el órgano de contratación opone que el artículo 8.3 de la Directiva de Concesiones no tiene la precisión necesaria para su aplicación directa.

Tal y como se señala en el documento elaborado por los Tribunales administrativos de contratación pública, antes citado, las previsiones del artículo 8 en relación al cálculo del valor estimado de la concesión, tienen efecto directo siendo especialmente significativos aspectos como los siguientes:

- el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;
- la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;
- los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;
- el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;
- la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;
- el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;
- las primas o pagos a los candidatos o licitadores.

De acuerdo con la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 1/2016, de 6 de abril *“las previsiones del artículo 8 relativas al método de cálculo del valor estimado de las concesiones son de directa aplicación”*, y en el mismo sentido el punto 3.1.5.1.a de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 6 de marzo de 2016, *“la estimación del valor de los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos armonizado deberán realizarse siguiendo las normas de cálculo que establece el artículo 8 DC”*.

Por último no cabe desconocer lo señalado en la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), cuando señala que *“el TJCE afirmó explícitamente que «aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado»”*.

De esta forma cabe concluir en primer lugar que el artículo 8.3 de la Directiva de Concesiones tiene aplicación directa por lo que desplaza al TRLCSP, por lo que se refiere a los umbrales aplicables para determinar si un contrato de concesión de servicios está o no sujeto a regulación armonizada y a los conceptos que deben incluirse en tal determinación.

Sentado lo anterior no queda sino aplicar dicho precepto al contrato que nos ocupa para determinar si tiene o no alcance comunitario.

Con carácter previo cabe advertir que el artículo 8 de la Directiva de Concesiones, determina que la elección del método para calcular el valor estimado

de una concesión corresponde a los poderes adjudicadores y no se efectuará con la intención de excluir esta del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pero sin embargo en el presente caso, dado que el órgano de contratación no ha considerado la aplicación de la Directiva, dichos cálculos y metodología no constan en el expediente, por lo que el Tribunal no puede ejercer su competencia revisora sobre los mismos. Esto no obstante dado que en su informe, se ofrecen alternativas al cálculo efectuado por la recurrente, debemos partir del debate en los términos planteados.

Señala la recurrente que el volumen anual de cuotas del alumnado ascendería, según el PCAP a 818.928,00 euros/anuales, a lo que añade la existencia de un bien inmueble necesario para la ejecución del servicio, y diversos bienes muebles puestos a disposición del concesionario por el poder adjudicador. Teniendo en cuenta lo anterior cuantifica el volumen de negocio de la concesión en 4.353.360 euros, el bien inmueble (parcela + construcción que sitúa en el valor de adjudicación del contrato de obras) en 3.578.067,24 euros (2.389.187,24 euros de valor de construcción y 1.188.880 euros de valor de parcela) y 700.000 como valor de los bienes muebles según valoración del perito tasador a efectos de aseguradora. Concluye que el valor total de la concesión ascendería a 8.631.427,24 euros, estando por tanto por encima del umbral que la sitúa entre las concesiones de servicios sujetas a regulación armonizada.

Por su parte el órgano de contratación afirma en su informe preceptivo que *“el valor inicial de la concesión, correspondiente al importe económico afectado en el expediente de contratación, se corresponde con un importe anual de 870.672,00 €, importe aceptado por el recurrente en su escrito. Dicho importe implica la inclusión tanto del importe económico a pagar por el ayuntamiento (objeto de la licitación), como el abonado por los usuarios del servicio (no incluido en la licitación). Siendo cierto que el Pliego señala como plazo de duración el de 5 anualidades, del mismo Pliego se deduce claramente que el importe anual señalado anteriormente no debe ser multiplicado por 5, puesto que las anualidades referidas se corresponden con*

cuatro períodos lectivos, señalándose de forma evidente en el apartado 6 del Anexo I que los años primero y último de la concesión (2016 y 2021) son prorrateados a efectos económicos, puesto que en 2016 se producirán 4 pagos (septiembre a diciembre), y en el 2021, 7 pagos (enero a junio). A pesar de la evidencia anterior, el recurrente multiplica el importe de 870.672,00 euros por 5 y no por 4, como corresponde hacer según lo explicado anteriormente, obteniendo una primera cifra incorrecta en este punto, pues según refiere en su escrito, el volumen económico de la concesión ascendería a 4.353.360,00 euros, y no a la cantidad real de 3.482.688,00 euros. De esta forma, el importe económico real de la concesión es de 3.482.688,00 euros”.

Respecto de la valoración del inmueble y los bienes muebles puestos de disposición del contratista considera que dichos elementos no pueden considerarse incluidos dentro de los conceptos del artículo 8.3 de la Directiva de Concesiones, y además que en todo caso debe apreciarse la ausencia de base legal alguna para tal operación de tasación, indicando de contrario que *“En aplicación de técnicas analógicas como la del artículo 92.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales indicada, y para el caso de tener que determinar el valor del edificio puesto a disposición del contratista, parece más lógico a nuestro entender la obtención de un valor de 143.351,23 € anuales (equivalente al 6% del valor del edificio dado por el recurrente) que la inclusión del valor total (2.389.187,24 €).”* Concluyendo que *“Aun considerando el efecto directo de la Directiva al presente caso, la misma no resultaría vinculante, por no superar el valor de la concesión el importe de 5.225.000,00 euros.”*

Comprueba el Tribunal que el contrato tiene una duración de cinco años, sin posibilidad de prórroga, repartidos en seis anualidades desde el año 2016 (4 pagos de septiembre a diciembre), hasta el 2021 (7 pagos de enero a junio), y que en el punto 6 del Anexo I del PCAP se calcula el valor de la concesión teniendo en cuenta el número de meses de emisión de recibos de cuotas a los usuarios de la escuela (11). De esta forma debería multiplicarse el coste anual del contrato (870.983,52

euros) por 5 anualidades (11 meses), lo que arroja un resultado de 4.354.917,60 euros. A esta cantidad sí que habría que sumar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Directiva y teniendo en cuenta el principio de universalidad de conceptos para el cálculo del valor de la concesión, *“el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios”*, que en este caso se traduce en el valor del inmueble y de los bienes muebles puestos a disposición de la concesión. Ahora bien no puede imputarse al contrato la totalidad del valor de ambos conceptos sino que deberá prorratearse teniendo en cuenta su duración.

Para fijar dicha cantidad el informe del órgano de contratación se remite al artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que establece que *“1. El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto.*

2. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon no inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes.”

Cabe considerar razonable la interpretación del órgano de contratación de manera que, a falta de otro valor especificado, podrá tenerse en cuenta como valor el 6% anual del valor del inmueble. Tampoco consta dicho valor en el expediente, más allá del coste de construcción y del valor del suelo, aportados por la recurrente.

Debe hacerse la salvedad de que para calcular el valor del inmueble a partir del precio de ejecución del contrato debe descontarse el IVA, de manera que la base del cálculo serían, 2.837.432,14 (1.648.552,14 euros en concepto de valor de

construcción y 1.188.880 euros de valor de parcela) que al 6% suponen 170.245,93 euros, que a su vez por 5 años (aquí debe tenerse en cuenta la total duración del contrato y no solo las mensualidades a pagar), implican 851.229,64 euros en concepto de valor del bien inmueble cedido, lo que sumado al valor de la concesión anteriormente fijado supone 5.206.147,24 euros.

Aunque aún debe sumarse la cantidad correspondiente a los muebles siendo un parámetro adecuado el de su valoración para el seguro, con el mismo concepto de prorrateo durante la duración del contrato, dicha cantidad fácilmente superaría en cinco años los 20.000 euros que serían suficientes para alcanzar el umbral de 5.225.000 euros establecido en el artículo 8 de la Directiva de Concesiones, debiendo concluirse que el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada y por tanto cabe recurso especial en materia de contratación contra el mismo.

Tercero.- Resta aun examinar la legitimación activa de la recurrente en relación con el objeto del recurso. De acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP “*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”. En este caso la recurrente no aduce qué beneficio obtendría, más allá de la salvaguarda de la legalidad, de estimarse el recurso en los términos que solicita, ni tampoco este Tribunal puede extraer dicha vinculación con el objeto del recurso a la luz de los motivos del mismo.

Este Tribunal viene distinguiendo de forma reiterada en sus resoluciones la legitimación *ad procesum* y *ad causam*, concurriendo legitimación en la primera de las modalidades, cabe traer a colación para delimitar la concurrencia de legitimación *ad causam* la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2010, de 18 de octubre: “(...) *este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo*

(perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4).”

La legitimación se extiende a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso. Estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso contra aquel hecho valer.

Aplicando la doctrina expuesta relativa a la legitimación al caso concreto, el Tribunal no comprende cuál sería el beneficio que obtendría la recurrente en el supuesto de prosperar su recurso. Hipotéticamente cabría entender que la recurrente como licitadora obtendría el eventual beneficio un pronunciamiento de sumisión del contrato a regulación armonizada y por ende al régimen de recurso especial en materia de contratación, beneficio no obstante que podría plantearse en cualquier momento de la licitación, si se produjeran en la misma hechos que precisaran del ejercicio de su derecho de defensa, lo que en el momento actual no concurre. En consecuencia, no se acredita ninguna ventaja o evitación de algún perjuicio que permita legitimar activamente a MUSleduca, S.L., más allá de un genérico interés en el cumplimiento de la legalidad que no es suficiente para reconocerle tal legitimación.

Por todo lo anterior la recurrente carece de legitimación para interponer el presente recurso.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación formulado don J.E.T., en nombre y representación de MUSleduca, S.L., contra el Anuncio de licitación del Contrato “Gestión de Servicio Público Educativo de la Escuela Municipal Infantil, sita en la calle Santiago Apóstol”, del municipio de Paracuellos del Jarama número de expediente: 08/2016, por falta de legitimación de la recurrente.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.