

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

En Madrid, a 3 de junio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por doña V.C.A., en nombre y representación de Delta Juego, S.L., contra el anuncio de licitación y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento para la contratación de la Gestión del Servicio Público de la Escuela Infantil “Las Flores de la Fortuna”, del Ayuntamiento de Leganés, expediente 860/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 12 de mayo de 2015, se publicó en el BOE el anuncio de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para el contrato denominado Gestión del Servicio Público de la Escuela Infantil “Las Flores de la Fortuna”. El presupuesto de licitación es de 731.825,60 euros y el valor estimado del contrato es de 3.732.310,55 euros. No se fijan gastos de primer establecimiento.

Segundo.- La representante de la sociedad Delta Juego, S.L., interpuso recurso especial en materia de contratación el día 28 de mayo de 2015.

La recurrente argumenta que la aprobación por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Leganés con fecha 28 de abril, del inicio del procedimiento de contratación para la gestión del servicio público de la gestión de la Escuela Infantil “Las Flores de la Fortuna” se produce con posterioridad a la convocatoria de las elecciones municipales, convocatoria que se publicó en el BOE con fecha 31 de marzo de 2015. El mencionado acuerdo de la Junta de Gobierno Local se produce tras dos acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Leganés contrarios a esta decisión. Considera que el acuerdo de la Junta de Gobierno Local vulnera lo dispuesto por el artículo 122.1 de la Ley 7/1985 de 2 de abril de 2 de abril, en relación con las competencias del Pleno municipal establecidas en los artículos 22.2 y 123 del mismo cuerpo legal.

Alega también que en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se hace referencia en reiteradas ocasiones, como objeto del contrato, a la gestión del servicio educativo de la Escuela Infantil “Rosa Caramelo”, cuando el proceso de contratación lo es para la Escuela Infantil “Las Flores de la Fortuna”, otros defectos del Pliego y manifiesta su discrepancia en cuanto a los criterios de adjudicación que figuran en el pliego.

Se solicita que *“se proceda a la anulación de la aprobación del inicio del expediente para la contratación del contrato de gestión de servicios público educativo de la Escuela Infantil Las Flores o, en su caso, de sus Pliegos de Condiciones Administrativas”*.

Tercero.- El órgano contratante remite el expediente de contratación, acompañado del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, el 2 de junio de 2015.

El informe solicita la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal al no alcanzar el umbral de gastos de primer establecimiento el importe de 500.000 euros establecido en el TRLCSP para la procedencia del recurso especial

en materia de contratación en los contratos de gestión de servicios públicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar corresponde examinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso habida cuenta de las alegaciones del órgano de contratación.

El contrato cuyo PCAP es objeto del recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicio público en su modalidad de concesión, no habiéndose previsto ningún gasto de primer establecimiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...).

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Tal como consta en el expediente el contrato un plazo de ejecución desde el 1 de septiembre de 2015 o desde la fecha de firma del contrato, en caso de que ésta se produzca con posterioridad a dicha fecha, hasta el 31 de agosto de 2020, con posibilidad de prórroga. En consecuencia el plazo de duración es superior a cinco años, pero ha de reunir acumulativamente también el requisito de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros. El servicio se venía ya prestando a través de gestión indirecta.

Debe partirse de la consideración de que el concepto de gastos de primer establecimiento es ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la delimitación de los contratos susceptibles de recurso especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea sino del ordenamiento jurídico español.

Este Tribunal considera que cuando la LCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos *ex novo*, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario. Así lo ha entendido este Tribunal en la Nota sobre interpretación del concepto de gastos de primer establecimiento, de 6 de junio de 2013, publicada en su página web y que fue remitida a los órganos de contratación.

Sentado lo anterior procede examinar el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales inversiones. En el apartado 5 del Anexo I del PCAP se establece que:

“5.- Medios para la prestación del servicio.

En el presente contrato, el contratista no vendrá obligado a realizar obras e instalaciones, por estimarse suficientes las existentes.

No obstante, estará obligado a mantener en buen estado y reparar o reponer en su caso, las obras, instalaciones, bienes y medios auxiliares aportados por la Administración. Dichos bienes serán recogidos previamente en un inventario elaborado por la Concejalía de Educación, que será entregado al adjudicatario del contrato.

Correrán a cargo del Ayuntamiento de Leganés las obras y reformas a realizar en el edificio, cuando el deterioro sea fruto de vicios ocultos. Esta valoración se realizará por el Ayuntamiento de Leganés, en su caso, previo informe técnico”.

No constando gastos de primer establecimiento el Tribunal carece de competencia para la resolución del recurso. Como seguidamente se verá tampoco procede recalificar, a efectos de determinar la competencia, la naturaleza jurídica del contrato.

Este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones 92 a 105/2014, de 25 de junio, ha inadmitido los recursos interpuestos contra unas licitaciones para la gestión de diversas escuelas infantiles convocadas por el Ayuntamiento de Madrid y en las Resoluciones 123 a 132/2014, otras de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, por entender que no procede el recurso especial en materia de contratación al ser adecuada la calificación dada por el órgano de contratación, como contrato de gestión de servicio público y no de servicios como mantenían las recurrentes, por la existencia de riesgo de explotación que asume el adjudicatario, entre otras razones por la existencia de riesgo de impago.

El establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la

asunción del riesgo de explotación por parte de éste, es una cuestión de gran importancia en el ámbito de la contratación pública porque de la conceptualización de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no, depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada.

En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por 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 (en adelante Directiva 2004/18/CE), considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley.

Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Desde el punto de vista del recurso administrativo especial en materia de contratación esta distinción también es sustancial. Efectivamente aunque el legislador europeo no incluyó entre los contratos susceptibles de recurso el contrato de gestión de servicios públicos, puesto que no estaba contemplado en las directivas de contratos, el legislador español, sí optó por el sometimiento de este tipo de contratos al control de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo umbrales diferentes para su procedencia.

No es por tanto baladí la caracterización de un contrato dentro de un tipo contractual u otro desde la perspectiva de la posibilidad de interponer contra cualquiera de los actos del procedimiento de licitación comprendidos en el párrafo 2

del artículo 40, el recurso especial, planteándose la cuestión de la calificación del contrato a efectos de examinar la propia competencia del Tribunal, impidiendo la posibilidad de que mediante la incorrecta tipificación de un contrato público se incumplan las normas y principios esenciales de la licitación pública. Así lo advierte en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional corrigiendo prácticas que puedan eludir la aplicación de las directivas (STJUE de 23 de octubre de 2009), en el mismo sentido las Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales 154/2013 y 220/2011.

La Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, publicada en el DOUE el 28 de marzo y pendiente de transposición a la legislación nacional, define en su artículo 5.1.b) el concepto “concesión de servicios” en base a la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia, cuyas conclusiones recoge.

Dicha definición y las consideraciones que forman parte del preámbulo o exposición de motivos de la disposición normativa de derecho comunitario son claves interpretativas que deben apuntalar la argumentación sostenida por este Tribunal en las anteriormente mencionadas Resoluciones 95 a 105/2014, de 25 de junio y 123 a 132/2014 de 16 de julio. Según esta definición la concesión de servicios es un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud de la cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago. La adjudicación de las concesiones de servicios implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación del servicio, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos. Se considera 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 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.

Expuestas las anteriores consideraciones procede examinar el concreto contrato sometido a este Tribunal para determinar su naturaleza. Al efecto es esencial analizar las obligaciones que asume cada una de las partes.

En este caso, el régimen económico del contrato establece que la entidad adjudicataria deberá facturar durante los 11 meses de actividades lectivas del curso escolar directamente a los usuarios el importe de la cuota de escolaridad y horario ampliado que son establecidas anualmente para cada curso escolar por la Comunidad de Madrid mediante Acuerdo de precio público. La entidad adjudicataria recibirá una cantidad igual a la diferencia entre la suma del importe fijado por la entidad gestora en su propuesta para las cuotas de escolaridad y de horario ampliado y la suma de las cantidades recibidas de los usuarios por dichos conceptos. Igualmente la entidad adjudicataria percibirá de los usuarios el importe por ella ofertado en su proposición económica en concepto de comedor escolar, siempre que sea de cuantía igual o inferior al precio privado de comedor escolar aprobado para cada curso por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte.

Según la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario de 12 de abril de 2000, el riesgo de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. En virtud de este criterio, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión, cobrando una parte significativa de su remuneración del usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Pero no es suficiente, es necesario además que el derecho de explotación que permite cobrar derechos al usuario, implique también

la transferencia de la responsabilidad de la explotación, es decir, la transferencia de los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación.

No es determinante, como ha señalado la jurisprudencia europea, que el pago se realice directamente por la Administración o por los particulares, pero sí que el contratista asuma el riesgo de la explotación del servicio, aunque se trate de un riesgo limitado. El riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación del servicio y al contrario no se asume el riesgo cuando la retribución se establece de modo cierto, variable e independiente del grado de utilización del servicio por los usuarios, es decir la contrapartida que se paga en la concesión de servicios consiste precisamente en el derecho de explotación del servicio. Por ello, en el caso analizado, se da el elemento de retribución de la prestación por los usuarios, independientemente de que la Administración aporte parte del importe, siendo además necesario que se complete con la transmisión del riesgo dependiendo este del nivel de frecuentación del servicio, sin que esté garantizado unos ingresos fijos o mínimos a las adjudicatarias.

El riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. En el caso de que la Administración contratante se obligue a pagar con independencia del nivel de demanda real no se produce ninguna transmisión del riesgo. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la Sentencia Eurawasser, apartados 66 y 67), 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 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.

El riesgo de demanda existe en los contratos en que el usuario tiene una libertad de elección en cuanto a la solicitud de los servicios prestados, como, teóricamente y con independencia de situaciones particulares, ocurre en este caso con la libertad de elección de centro que corresponde a los padres. También es posible que los servicios objeto del contrato se presten en la misma zona en régimen de competencia con el centro objeto de concesión.

La elección de centro corresponde a los padres en concurrencia con otros centros y no está limitado ni por la garantía de un número mínimo de usuarios del servicio educativo, ni del comedor, ni por la asunción de ningún coste por la Administración que garantice los gastos de funcionamiento del centro. El hecho de que durante la vida de la concesión no se alcancen o no se cumplan las expectativas de demanda constituye un riesgo que asume el adjudicatario. Es un hecho que la demanda de servicios puede estar sujeta a fluctuaciones lo que introduce incertidumbre y si los costes reales superan en un momento determinado los costes previstos como probables sobre cuya base se calculó el precio de licitación, el adjudicatario puede encontrarse en una situación deficitaria que no será objeto de compensación por la Administración.

Por otra parte el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria. El PCAP establece que en ningún caso el Ayuntamiento de Leganés aportará a la entidad gestora cantidad alguna por los importes que ésta deje de percibir directamente de los usuarios en concepto de escolaridad, comedor y horario ampliado, en caso de impago de estos.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores examinados es cierto que la retribución se percibe de los usuarios, depende del nivel de frecuentación del centro cuyo derecho de elección corresponde a los usuarios, que no está garantizado un nivel de ocupación, que se oferta en concurrencia con otros centros educativos, que la duración del contrato introduce incertidumbre en el mantenimiento del nivel de demanda, que las actividades complementarias se ofertan en competencia con otros operadores y que los adjudicatarios asumen el riesgo de impagos de los usuarios sin que la Administración garantice el pago por los servicios prestados; debemos concluir que se transfiere un riesgo operacional en la explotación del servicio de suficiente entidad que permite calificar el contrato como de gestión de servicio público.

Por lo expuesto, este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso puede encuadrarse en la categoría de contratos de gestión de servicios públicos. En consecuencia, no teniendo gastos de primer establecimiento, no corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP. No obstante, tal como dispone el apartado 5 del artículo 40 del TRLCSP, los actos que se dicten en procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 3.2 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 interpuesto por doña V.C.A., en nombre y representación de Delta Juego, S.L., contra el anuncio de licitación y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del procedimiento para la contratación de la Gestión del Servicio Público de la Escuela Infantil “Las Flores de la Fortuna”, del Ayuntamiento de Leganés, expediente 860/2014, por falta de competencia del Tribunal.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación de la cuestión de nulidad 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.