

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

En Madrid, a 25 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.G.Z., Presidenta de la Asociación de Padres y Madres de la Escuela infantil “El Duende”, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación denominado: “Gestión de servicio público educativo, en la modalidad de concesión, de la Escuela Infantil El Duende”, número de expediente 101/2014/01451, del Ayuntamiento de Madrid”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 28 y 29 de mayo de 2014, se publicó en el BOE y en el perfil del contratante, el anuncio de la licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de gestión del servicio público “Gestión de servicio público educativo, en la modalidad de concesión, de la Escuela Infantil El Duende”, número de expediente 101/2014/01451, del Distrito de Centro. El contrato tiene una duración de un año, a partir del 16 de agosto de 2014, con posibilidad de prórroga por un año más, siendo el presupuesto de licitación de 111.694,00 euros, y

un valor estimado del contrato de 429.492,00 euros, no tiene gastos de primer establecimiento.

Segundo.- La recurrente previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra el PCAP y PPT del contrato de referencia, el día 20 de junio de 2014.

La recurrente solicita la anulación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas. Aduce los siguientes motivos:

- Error en la calificación del contrato, debiendo ser calificado como servicio y no como gestión de servicio público.
- Vulneración del derecho a la educación y a la libertad de elección de Centro de los padres.
- Vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de las Administraciones Públicas y de seguridad Jurídica.
- Error en la solvencia económica exigida.
- Falta de determinación del objeto contractual.
- Falta de justificación de la duración del contrato.
- Falta de justificación de los criterios de adjudicación.
- Error en la determinación de ofertas anormales o desproporcionadas.
- Incumplimiento del régimen de modificaciones contractuales del TRLCSP.
- Incumplimiento en cuanto al régimen de subcontratación.
- Falta de claridad en la documentación.

Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Con fecha de 20 de junio de 2014, este Tribunal requiere al órgano contratante para que se remita el expediente de contratación completo, acompañado

del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que verificó por parte del Ayuntamiento de Madrid el 23 de junio de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Antes de entrar al fondo del presente recurso, corresponde examinar la competencia del Tribunal habida cuenta de las alegaciones de ambas partes.

El contrato cuyo PCAP y PPT es objeto del presente recurso ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión del servicio público en su modalidad de concesión, no habiéndose previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo. El Ayuntamiento de Madrid señala en su informe que el PCAP del contrato no sería susceptible de recurso especial en tanto en cuanto no alcanzaría el umbral previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, esto es, un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años.

Sin embargo, una de las cuestiones hechas valer por la recurrente en su recurso es precisamente la de la calificación del contrato, que a su juicio, no puede ser la de contrato de gestión de servicios públicos, por lo que obviamente este Tribunal debe entrar a considerar tal cuestión con carácter previo al examen del resto de las hechas valer en el recurso.

Aduce en síntesis la recurrente en relación con esta cuestión, que *“Teniendo en cuenta que nos encontramos en una licitación para contratar los servicios de educación infantil, estamos ante un contrato de servicios”*. En concreto, cuestiona la asunción de riesgo concesional pues la concesionaria conoce de antemano los ingresos que va a obtener.

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. Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico 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 del recurso especial, con el ánimo de que ningún tipo contractual quedara exento del mismo, si bien estableciendo otros umbrales 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 (TCRC) 154/2013 y 220/2011.

Son varios, los aspectos a considerar en relación con la calificación del contrato, a la vista de las alegaciones de la recurrente:

Partiendo de la base de que nos encontramos en presencia de un servicio público educativo, cuestión no discutida y admitida por ambas partes, debemos detenernos en el examen de si en este caso concurren el resto de los elementos definidores del contrato de gestión de servicios públicos, cuestión de las alegadas por la recurrente.

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario tal y como se desprende del concepto recogido en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/ CE, antes citado, (por ejemplo mediante el cobro de tarifas a los usuarios del transporte público, o de una red de teledistribución, por ejemplo STJUE 13 de octubre de 2005 Parking Brixen).

Este concepto de asunción del riesgo se centra en la STJUE 10 de marzo de

2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst, cuando señala que (...) “26 Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 59 y 68 y jurisprudencia citada).

A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que 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, Rec. p. I 9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).”

Cabe citar también la Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) que afirma que: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.” (vid. asimismo la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom).

En el mismo sentido se pronuncia el informe 23/2010, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que califica los contratos como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación, señalando que *“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio”*.

Derivada o íntimamente relacionada con el requisito de asunción del riesgo, se encuentra la circunstancia de que la concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

Aun a riesgo de ser reiterativos debe incidirse en que de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, son consecuencia, bien del mismo objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

Expuestas las anteriores consideraciones procede examinar el contrato sometido a este Tribunal para determinar su naturaleza.

Señala la recurrente que *“la nota que diferencia un contrato de gestión de servicio público y un contrato de servicios es la transmisión de riesgos desde la Administración hasta el prestador del servicio público que lo asumen y en esta licitación la Administración establece unos precios (unos “públicos” y otros “privados”) que los usuarios tendrán que abonar... y se conoce que las plazas se cubrirán”*.

En este caso, es cierto como aduce la recurrente que el precio del contrato se satisface por una parte por los usuarios del servicio de forma directa, y por otra por el propio Ayuntamiento que aporta una cantidad hasta alcanzar la cantidad ofertada por el adjudicatario y además las plazas aparecen ya determinadas en la definición del objeto del contrato.

No es determinante, como hemos indicado en otras ocasiones, 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, circunstancia que la recurrente considera que no se produce en el presente contrato.

A este respecto el Ayuntamiento de Madrid, sitúa la asunción del riesgo por el contratista en que la adjudicataria percibirá las cantidades correspondientes por cada plaza ocupada durante el periodo de liquidación y que debe gestionar el servicio a su riesgo y ventura.

Debe señalarse en todo caso que según consta en la memoria económica para la elaboración del expediente, el precio para el cálculo de los gastos anuales de cada plaza escolar se ha fijado en base a los módulos establecidos por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, definidos en la Orden 1325/2013, de 23 de abril por lo que tenemos que partir de la base que esos precios incluyen todos los gastos

anuales que conllevan las plazas y que el presupuesto del contrato se basa en el coste real del servicio, en parte abonado directamente por los usuarios, a través del precio público fijado y el resto por el Ayuntamiento.

Sobre esa cantidad aportada por el Ayuntamiento es sobre la que los licitadores hacen su oferta a la baja, consistiendo el riesgo y ventura del contrato en la asunción de la propia oferta realizada.

Teniendo en cuenta meramente a efectos interpretativos la Decisión de Eurostat sobre el tratamiento Contable en Contabilidad Nacional de los contratos realizados por unidades de la Administración Pública en el marco de asociaciones con unidades privada, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al SEC 2013, (Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea), a efectos del procedimiento de déficit excesivo (PDE) en las Asociaciones Público Privadas, se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el demanda.

El riesgo de construcción se refiere a las consecuencias derivadas de retrasos, sobrecostes o incumplimiento de estándares de calidad, o deficiencias técnicas de las obras que constituyen parte del objeto del contrato. Es cierto que el riesgo de construcción es un elemento inherente a los contratos de concesión de obra pública, pero cabe también apreciar su existencia en los contratos de concesión de servicios que llevan aparejada construcción, como es el caso que nos ocupa.

En el contrato objeto del presente recurso el adjudicatario no está obligado a realizar ningún tipo de obras, ya que recibe el local del Ayuntamiento con el equipamiento que consta en la documentación y solo debe realizar el mantenimiento y conservación del mismo.

El riesgo de disponibilidad se aplica a las consecuencias derivadas de la falta de cumplimiento de las prestaciones objeto del servicio por el adjudicatario, bien se trate de la reducción de los pagos o la imposición de sanciones. Pero en todo caso dichas consecuencias deben tener un efecto importante sobre los ingresos del adjudicatario y no ser algo puramente simbólico o cosmético, tal y como se desprende de la Decisión de Eurostat antes citada. En caso contrario cuando los pagos de la Administración contratante son iguales o con escasas modificaciones cualquiera que fuera el grado de cumplimiento del contrato se podría afirmar que no hay riesgo de disponibilidad.

En este caso no existe previsión alguna en los Pliegos sobre variación de los pagos en función del grado de cumplimientos o de situación similar.

Por otro lado el riesgo de demanda cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debidos 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, antes citada, 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 público 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. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada.

Aun cabe señalar que el riesgo de demanda no debería ser determinante para establecer el tipo contractual, en aquellos contratos, como el que estamos examinando, en los que el usuario tiene una libertad de elección limitada en cuanto a los servicios prestados ya que las plazas han sido adjudicadas por el Ayuntamiento, si bien en base a las peticiones formuladas previamente por los padres.

En el contrato que analizamos, podríamos considerar que al menos teóricamente existe un riesgo de demanda ya que se indica en el PPT que puede haber ajustes en la distribución de unidades y agrupaciones, sin que esto de lugar a una modificación del contrato, como consecuencias de variaciones en número de plazas, respetándose siempre la existencia como mínimo de un grupo en cada nivel.

Sin embargo, dado que el contrato tiene una duración de un año, prorrogable a otro, debemos considerar que ese hipotético riesgo si bien existe ya que la elección de centro corresponde a los padres, y se prevé que se cubran la totalidad de las plazas, debe considerarse como un riesgo limitado.

El riesgo de demanda sí se encuentra por el contrario, en las actividades complementarias ofertadas, cuyos destinatarios no solo son los alumnos matriculados sino sus familias y el público en general y cuyo precio es fijado libremente por la adjudicataria, si bien debe ser aprobado por el Ayuntamiento, compitiendo por lo tanto en el mercado con las demás entidades que prestan este tipo de servicios. Lo que ocurre es que estas actividades quedan al margen del servicio público educativo (de hecho ni siquiera puntúan como criterios valorables en cifras o en porcentajes).

No obstante, deben analizarse todas las circunstancias concurrentes y entre ellas existe otro tipo de riesgo que no puede minusvalorarse. Ese riesgo deriva del régimen económico previsto en el Anexo I del PPT. De acuerdo con lo previsto en el nº4 apartado 3, en ningún caso el Ayuntamiento de Madrid se hará cargo de las cuotas impagadas por los usuarios.

Esto significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

Este riesgo aunque teórico en principio, tiene una repercusión económica importante pues más de 50% aproximadamente del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los padres mediante precio público.

Únicamente la cantidad objeto de licitación, 111.694,00 euros como máximo, está realmente en principio garantizada, porque su abono lo realiza el Ayuntamiento, la cantidad restante 317.843 euros no tiene garantía.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores existentes debemos concluir que si existe un riesgo de operacional y de explotación de suficiente entidad que permita caracterizar el contrato como de gestión de servicio público.

Hay tener en cuenta, también a los meros efectos interpretativos el contenido de la Directiva 2014/23 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que hace pivotar el concepto de concesión sobre la existencia de riesgo operacional señalando que hay transferencia del mismo al concesionario “cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes” art.5.2 y que la normativa de concesiones no estaría justificada si se aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes.

Por lo expuesto, este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso puede encuadrarse en la categoría contratos de gestión de servicios públicos. En consecuencia, no teniendo gastos de primer establecimiento y con plazo inferior a cinco años no le corresponde a este Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

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 M.G.Z., Presidenta de la Asociación de Padres y Madres de la Escuela infantil “El Duende”, contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas, del expediente de contratación denominado: “Gestión de servicio público educativo, en la modalidad de concesión, de la Escuela Infantil El Duende”, número de expediente 101/2014/01451, del Ayuntamiento de Madrid”, 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.