

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

En Madrid, a 16 de julio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña M.M.M., en nombre y representación de la Sociedad Escuela Infantil Los Compañeros S.A.L., contra el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas del contrato de gestión de servicio público educativo de la Escuela Infantil “El Pozo del Tío Raimundo” de Madrid, nº de expediente: C-504/011-14, tramitado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de junio de 2014, se publicó en el BOCM y en el perfil del contratante, el anuncio de la licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato denominado “gestión del servicio educativo público de 11 escuelas infantiles”, entre las que figura la escuela infantil “El Pozo del Tío Raimundo” de Madrid. El contrato tiene una duración desde el 1 de septiembre de 2014 o desde la fecha de la firma del contrato, en caso de que ésta se produzca con posterioridad a dicha fecha, hasta el 31 de agosto de 2019, con posibilidad de prórroga. La duración de cada prórroga será de un máximo de tres años, sin que el

plazo total incluidas las prórrogas pueda exceder del establecido en el artículo 278 letra b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). El presupuesto de licitación es de 719.505,60 euros, y el valor estimado del contrato para la duración máxima de 25 años es de 3.669.478,56 euros. No se fijan gastos de primer establecimiento.

Segundo.- La representante de la Sociedad Escuela Infantil Los Compañeros S.A.L, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, interpuso recurso especial en materia de contratación el día 4 de julio de 2014.

La recurrente solicita la anulación de la licitación y de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), aduciendo error en la calificación del contrato determinante de la competencia del Tribunal, así como otra serie de defectos en el contenido de los pliegos. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Con fecha de 9 de julio de 2014, este Tribunal requiere al órgano contratante para que se remita el expediente de contratación, acompañado del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que verificó el 11 de julio de 2014. El informe mantiene la correcta calificación del contrato como gestión de servicio público en base a:

1º) El servicio objeto del contrato es un servicio competencia de la Administración contratante.

2º) Se transfiere al concesionario la potestad organizativa del servicio pues la contratista dentro del proyecto educativo y organizativo del centro incluye un proyecto de gestión de recursos humanos, materiales y económicos durante el plazo de ejecución del contrato.

3º) La retribución final del concesionario será en base a las plazas ocupadas y la oferta de actividades y servicios complementarios de los que la concesionaria asume el riesgo de demanda.

4º) Existencia de riesgo de impago de los posibles deudores.

Tercero.- El 9 de julio el Tribunal adoptó acuerdo denegando la suspensión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El contrato cuyo PCAP y PPT 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. *Prima facie* el 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.

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 sino de servicios, 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.

La recurrente reconoce conocer que este Tribunal en las Resoluciones 95 a 105/2014, de 25 de junio, ha inadmitido los recursos interpuestos contra unas licitaciones convocadas por el Ayuntamiento de Madrid, de contratos de gestión de servicio público, también de escuelas infantiles, 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. Considera la recurrente que el riesgo de impago es un riesgo que asumen en principio todos los que contratan, con administraciones o con terceros, existiendo medios legales para reclamar y que dicho riesgo no es un elemento determinante para diferenciar entre contrato de servicio y de gestión de servicio público, toda vez que con carácter previo al supuesto impago les ha surgido el derecho de crédito que pueden ejercer frente al usuario que efectivamente utilizó el servicio. Además el riesgo concesional sería aún menor teniendo en cuenta las aportaciones que hace la administración contratante.

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 otros 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. 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.

La calificación como concesión de servicios no estaría justificada si el operador o entidad adjudicataria aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. El hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato de servicios como una concesión.

Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro. Debe entenderse por “riesgo de oferta”, según el considerando 20 de la misma Directiva, el relativo al suministro de servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

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 de la Comunidad de Madrid 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 en virtud de lo establecido en el Acuerdo de precio público. 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, 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, 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.

Dado que el contrato tiene una duración inicial de cinco años, prorrogable de tres en tres hasta un total de veinticinco, debemos considerar que ese hipotético riesgo de demanda existe, ya que 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 riesgo es más elevado cuando la concesión se extiende a periodos de tiempo relativamente largos y en este caso puede llegar a los 25 años. Si bien en la preparación del contrato es necesario estimar o determinar previamente el número de usuarios y la intensidad de uso que se consideran esperables en cada año de la concesión, de lo que depende el importe de los ingresos previsibles, 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.

El riesgo de explotación se encuentra también, en las actividades y servicios de carácter complementario y voluntario ofertadas y que se realicen fuera del horario escolar, cuyos destinatarios no solo son los alumnos matriculados y cuyo precio es fijado libremente por la adjudicataria compitiendo por lo tanto en el mercado con las demás entidades que prestan este tipo de servicios. Estas actividades tendrán como fin la conciliación de la vida familiar y laboral de las familias y tendrán carácter

lúdico/formativo para los niños o para sus padres y en ningún caso la Comunidad de Madrid aportará a la entidad gestora cantidad alguna por dichas actividades y servicios.

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 la Comunidad de Madrid 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. Este riesgo como advierte la recurrente existe en todo contrato, pero a diferencia del contrato de servicios en que el pago está garantizado por ser el contratista una Administración Pública, cuando las cuotas se perciben de los usuarios estamos en presencia del riesgo comercial ajeno a la buena gestión del contratista. Esta posibilidad, aunque teórica en principio, tiene una repercusión económica importante pues más del 70% del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los usuarios mediante precio público. En concreto siendo, de acuerdo con la cláusula 1.6 del PCAP, el importe máximo de funcionamiento anual del centro de 246.250,48 euros en base a las cuotas medias del curso anterior, 117.480 euros son de cuenta íntegramente de los usuarios

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 contrato 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 41.3 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.M.M., en nombre y representación de la Sociedad Escuela Infantil Los Compañeros S.A.L., contra al anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas del contrato de gestión de servicio público educativo de la Escuela Infantil “El Pozo del Tío Raimundo” de Madrid, nº de expediente: C-504/011-14, tramitado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad 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.