

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

En Madrid, a 8 de septiembre de 2016.

VISTOS los recursos en materia de contratación interpuestos por don J.O.A., en nombre y representación de Arci-Nature Intervención Social, S.L., Sociedad Unipersonal, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de gestión del servicio público educativo en la modalidad de concesión, de la escuela infantil “Los Gavilanes”, número de expediente: 106/2016/01508, y contra el Acuerdo de 10 de agosto de 2016 de la Concejala Presidenta del Distrito de Tetuán, por el que se adjudica el contrato, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 6 de junio de 2016 se publicó en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Madrid la convocatoria para la licitación del contrato de “Gestión del servicio público educativo en la modalidad de concesión de la Escuela Infantil “Los Gavilanes”, del distrito de Tetuán”, nº de expediente 106/2016/01508. El valor estimado del contrato asciende a 908.996 euros.

Debe destacarse que de acuerdo con el apartado 18 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se establecen a efectos de determinar la oferta económicamente más ventajosa, criterios valorables mediante cifras o porcentajes y criterios susceptibles de juicio de valor, señalándose que quedará excluida la propuesta que no alcance en relación con estos últimos una puntuación mínima de 25 puntos.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 7 empresas entre ellas la recurrente.

Con fecha 6 de julio de 2016 se celebró el acto público de apertura de los sobres de criterios no valorables en cifras o porcentajes, tras lo cual se emite el correspondiente informe técnico fechado el día 12 de julio, en el que se asignan a la recurrente 20,5 puntos.

Posteriormente, el día 15 de julio de 2016 se procedió al acto público de apertura de los sobres de criterios valorables en cifras y porcentajes. En este acto se puso en conocimiento de los asistentes la puntuación obtenida por los licitadores en los criterios no valorables en cifras y porcentajes, y que según el apartado 18 del Anexo I del PCAP, la empresa Arcinature Intervención Social, S.L. quedaba excluida del procedimiento de licitación, sin que conste que dicha decisión se notificase a la recurrente. No obstante la misma solicitó acceso al informe de valoración que le fue trasladado el 21 de julio siguiente.

Habiendo sido propuesta como adjudicataria la empresa PAMAMAJU, SCM la misma manifestó su renuncia a la adjudicación del contrato el 21 de julio, por lo que procedió a proponer la adjudicación del contrato a la siguiente licitadora CLECE, requiriéndole asimismo para que presentara la documentación pertinente el 29 de julio.

Tercero.- El 3 de agosto de 2016 se presentó ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación, en el que solicita que se acuerde *“Reponer a la recurrente en sus derechos e intereses legítimos como persona jurídica licitadora en el contrato administrativo reseñado.*

2.- Retrotraer el procedimiento de licitación hasta el momento/s anterior/es a la exclusión de la recurrente como licitadora en el contrato administrativo para admitir su oferta, ya que su admisión la colocaría en situación de poder ser adjudicataria”, por entender que la valoración efectuada es incorrecta. Asimismo se solicitaba por medio de otrosí la suspensión del procedimiento de licitación.

El mismo día 3 de agosto se comunicó al órgano de contratación la interposición del recurso y se le requirió para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) remitiera el expediente de contratación y el informe preceptivo, lo que verificó el 9 de agosto. En el informe se aduce únicamente que *“el contrato que se licita no es susceptible de recurso especial en material de contratación, al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos y no tener el mismo una duración mayor de cinco años, y no haber gastos de primer establecimiento superiores a los 500.000 euros IVA excluido, artículo 40.1.c) TRLCPS, fundamento este que ya fue expuesto en la resolución nº 95/2014 al recurso nº 96/2014 interpuesto relativa al expediente 106/2014/00872 denominado Contrato de gestión del servicio público educativo en la modalidad de concesión, de la escuela infantil “Agua Dulce”, por Acuerdo de fecha de 25 de junio de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid”.*

Cuarto.- Mediante Resolución 2/2016, de 29 de julio, de la Presidenta del Tribunal se suspende la tramitación de los Recursos Especiales en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición del mismo, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados, notificándose tanto al órgano de contratación como a la recurrente el mismo día 3 de agosto.

En dicha Resolución se indicaba expresamente que *“en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación del contrato, procede suspender el procedimiento de licitación, en los términos de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, al objeto de evitar la consolidación de situaciones que pudieran ser contrarias a la Ley y que en caso de estimarse los recursos pudieran dar lugar a la exigencia de una indemnización por parte del adjudicatario por los gastos generados”*.

Con fecha 10 de agosto se adjudicó el contrato a la empresa Clece, tal y como consta en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, sin que conste que el contrato se haya formalizado.

Quinto.- Con fecha 29 de agosto de 2016 se presenta nuevo recurso especial en materia de contratación, esta vez contra la adjudicación del contrato, *“porque teniendo constancia el órgano de contratación de la interposición de un recurso ante este Tribunal por mi mandante -en fecha 3 de agosto de 2016- contra su exclusión del procedimiento de licitación -sin notificación y sin fundadas razones para hacerlo- y, conociendo el órgano de contratación la Resolución 2/2016, de 29 de julio, de la Presidenta de este Tribunal, adjudicó el contrato ya mencionado en fecha 11 de agosto de 2016 (perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid), sin cumplir las recomendaciones del Tribunal y, nuevamente, sin haber notificado esa adjudicación a mi representada”*.

A este nuevo recurso se le dio el número 202/2016, solicitándose a su vez el informe y el expediente administrativo al órgano de contratación que se pronunció en términos idénticos a los anteriormente recogidos, en fecha 30 de agosto.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de los recursos al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver los presentes recursos.

Segundo.- El artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación, hay identidad en los interesados y se basan en motivos de impugnación que guardan una relación de continuidad. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de ambos recursos.

Tercero.- Los recursos han sido interpuestos por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica cuya oferta ha sido rechazada *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- En cuanto al plazo de interposición del recurso contra el Acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente, si bien el mismo no se notificó formalmente, pudiendo por lo tanto acumularse la posible impugnación con la notificación del acuerdo de adjudicación, la recurrente se dio por notificada en los términos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas Procedimiento Administrativo Común, por lo que el recurso interpuesto el día 3 de agosto se presentó en plazo de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP. Por otro lado tampoco el Acuerdo de adjudicación le ha sido notificado formalmente, si bien consta que adoptado el mismo el día 10 de agosto, el recurso se interpuso el día 29 del mismo mes por lo tanto también dentro del plazo de 15 días previsto en el citado precepto.

Quinto.- Especial examen merece el de la procedencia del recurso a la vista de las alegaciones del órgano de contratación, que considera en su informe que al tratarse de un contrato de gestión de servicio público y no alcanzar los umbrales de más de 5 años de duración y gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros no cabe recurso administrativo especial contra los actos dictados en el procedimiento de licitación.

Sin embargo en este caso no cabe desconocer el efecto que sobre esta licitación tiene la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de trasposición concluyó el 18 de abril de 2016.

Como ya señalábamos en nuestra Resolución 118/2016, de 23 de junio, 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, 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, as. 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 2014/23/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 en su modalidad de concesión 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 estas Ley correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos”*, entendiendo que se refiere al régimen jurídico aplicable a la concesión de servicios.

En este sentido se pronuncia el informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid de fecha 9 de mayo de 2016 a los pliegos que rigen la presente licitación y que consta en el expediente administrativo.

Sentada la procedencia de la aplicación de la Directiva de Concesiones en cuanto a la tipología y definición de este contrato, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 8 de la misma, la presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.225.000 euros, por lo que resulta fundamental determinar si nos hallamos en presencia de un contrato de servicios, (en cuyo caso procedería recurso especial de acuerdo con el artículo 40.1 del TRLCSP al ser el valor estimado del contrato de 908.996 euros) o ante un contrato de concesión de servicios (en cuyo caso al no superarse el umbral de 5.225.000 euros no cabría recurso especial).

El elemento diferenciador de ambos tipos de contrato es la concurrencia de riesgo operativo en el servicio, como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, tal y como se describe en el artículo 5.1.b) de la Directiva de Concesiones *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará 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 las obras o 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”*.

Este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre el modelo de contratación de la gestión del servicio público educativo en las escuelas infantiles del Ayuntamiento de Madrid que no difieren del actual. En concreto en la Resolución 95/2014, traída a colación por el órgano de contratación en su informe. O especialmente en la Resolución 93/2014, de 25 de junio, precisamente sobre un contrato de gestión del servicio de una escuela infantil en el mismo distrito de Tetuán, con idéntico contenido en cuanto a las prestaciones y régimen de pagos, se concluye que existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permite caracterizar el contrato como de gestión de servicio público. (En este caso concesión de servicios). En este mismo sentido el estudio económico del contrato de fecha 16 de marzo de 2016 tiene en cuenta el concepto de riesgo operacional, concluyendo que se considera adecuada la calificación del contrato.

Resta únicamente determinar si el cálculo del valor estimado en el expediente se acomoda a las previsiones del artículo 8 de la Directiva de Concesiones, ya que de acuerdo con 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”*. En el mismo sentido se pronuncia 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”*.

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 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.

Cabe advertir asimismo 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. En el presente caso, aunque la Junta de Distrito de Tetuán en su informe manifiesta que se trata de un contrato de gestión de servicios en la tramitación del procedimiento el Ayuntamiento de Madrid en sus servicios Centrales ha considerado la aplicación de

la Directiva, haciendo constar en el expediente los cálculos y metodología para el cálculo del valor estimado del contrato.

Así se tienen en cuenta los precios del módulo de escolaridad, del horario ampliado y del coste de comedor por plaza, pero no otros conceptos contemplados en el tan citado artículo 8 de la Directiva de Concesiones, especialmente 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, señalado en su apartado f). Dicho valor comprendería el del inmueble y su dotación, que no constan en el expediente administrativo, pero que tendrían que ascender a 4.316.004 euros, para alcanzar el umbral que determina que el contrato esté sujeto a regulación armonizada. Dicho valor por otro lado no debe computarse en su integridad, sino que deberá prorratearse teniendo en cuenta la duración del contrato, como señalábamos en nuestra Resolución 118/2016 de 23 de junio, para lo que consideramos adecuado a falta de otro valor especificado, el 6% anual del valor del inmueble, en aplicación del artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

En este caso si bien el valor global del inmueble y sus dotaciones no consta en el expediente no es probable que el mismo prorrateado para este contrato de 1 año prorrogable por otro, alcance el valor de 4.316.004 que sumado al valor estimado fijado del contrato permitiera considerar superado el umbral de 5.225.000 euros.

Asimismo, debe señalarse que el contrato carece de gastos de primer establecimiento y su duración no alcanza los cinco años, previstos como umbrales para considerar el contrato sujeto a recurso especial, por lo que no puede considerarse en aplicación de la prohibición del efecto directo vertical descendente, la procedencia del recurso aplicando el TRLCSP.

Sexto.- No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la posibilidad de calificación del recurso de conformidad con el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), el órgano de contratación podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 40.5 del TRLCSP “(...) Los actos que se dicten en los 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”, por lo que procede remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada LRJ-PAC-.

Por lo tanto no procede recurso especial en materia de contratación contra los actos impugnados procediendo la inadmisión de ambos recursos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Acumular los recursos 176 y 202/2016 interpuestos por don J.O.A., en nombre y representación de Arci-Nature Intervención Social, S.L., Sociedad Unipersonal, respectivamente contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato de gestión del servicio

público educativo en la modalidad de concesión, de la escuela infantil “Los Gavilanes”, número de expediente: 106/2016/01508, y contra el Acuerdo de 10 de agosto de 2016 de la Concejala Presidenta del Distrito de Tetuán, por el que se adjudica el contrato.

Segundo.- Inadmitir ambos recursos por improcedencia del recurso especial en materia de contratación.

Tercero.- 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.

Cuarto.- 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 de 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.