

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

En Madrid, a 23 de diciembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de CLECE, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Atención a personas mayores o dependientes en el Centro de Día Municipal de Mejorada del Campo”, número de expediente: GS/A/02/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 19 de noviembre de 2015, se publicó respectivamente en el BOCM y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Mejorada del Campo, el anuncio de la licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para el contrato calificado de gestión de servicios públicos mediante concesión “Atención a personas mayores o dependientes en el Centro de Día Municipal de Mejorada del Campo”. El contrato tiene una duración de un año, prorrogable por otro. El presupuesto de licitación es de 150.205 euros y el valor estimado del contrato es de 300.410 euros. No se establecen gastos de primer establecimiento.

Segundo.- La representación de la empresa CLECE, S.A., 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 (en adelante, TRLCSP), interpuso recurso especial en materia de contratación el día 4 de diciembre de 2015.

La recurrente solicita la anulación de la licitación y del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), aduciendo la inviabilidad del presupuesto base de licitación, teniendo en cuenta los costes del personal subrogable y aplicando lo establecido por el Convenio colectivo vigente para el sector.

El Tribunal requirió al órgano de contratación la remisión del expediente, acompañado del correspondiente informe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que verificó el 7 de diciembre de 2015.

El informe mantiene la correcta calificación del contrato como gestión de servicios públicos, por lo que considera que debe inadmitirse el recurso al no cumplirse los requisitos legales para que el contrato sea recurrible. En cuanto al presupuesto de licitación, argumenta que es el mismo de la anterior licitación, a la que también concurrió la recurrente sin que se pusiese entonces de manifiesto objeción alguna y que finalmente fue adjudicado. Considera además, que el recurso interpuesto contraviene las exigencias de la buena fe y de la doctrina de los actos propios, por lo que solicita le sea impuesta la multa que sea procedente.

Tercero.- El Tribunal, en su reunión de 16 de diciembre de 2015 acordó la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- Habiéndose concedido trámite de audiencia al resto de las licitadoras interesadas, no se han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El contrato cuyo PCAP es objeto del recurso, ha sido calificado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios públicos 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.

No obstante, la competencia es una cuestión de orden público. Por lo tanto, este Tribunal debe entrar a considerar la cuestión de su competencia con carácter previo al examen del resto de las hechas valer por la recurrente en el recurso. Al efecto es necesario analizar la calificación del contrato, sin que ello afecte a su régimen jurídico.

Como ya ha señalado este Tribunal en numerosa Resoluciones, cabe citar la 123/2014 de 16 de julio, *“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 adjudicadores 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 transferido 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 vinculado, por ejemplo a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operadores económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinante a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherente 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” 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 recibirá la cantidad correspondiente a la adjudicación del contrato mediante pagos mensuales, y que esa cantidad a su vez depende del Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Mejorada del Campo y la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, de manera que si las cantidades del Convenio se viesen reducidas, se disminuiría esa cantidad, igual que si las quince plazas previstas en el Centro de Día no fuese cubiertas en su totalidad.

También se establece que las cantidades correspondientes a la manutención de los usuarios serán percibidas directamente por la empresa adjudicataria de los usuarios, si bien los precios correspondientes a las mismas han de ser aprobadas por la Consejería, así como sus actualizaciones.

El Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, establece que *“debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional. La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas no cubra los costes que haya sufragado...”*

En este mismo sentido, el artículo 5 de la Directiva indica que 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.

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.

En el caso analizado, si bien se da el elemento de retribución de una parte de la prestación, a cargo los usuarios, no podemos concluir que exista riesgo de explotación. Por un lado, no están previstas otras actividades fuera de las exigidas en el Pliego, ni el aumento de usuarios que también está fijado y limitado, por otra el riesgo de impago de las cantidades debidas por manutención, que podría ser considerado un riesgo de la explotación, aunque no constan en el expediente, parece que podrían ascender a un máximo de 23.439 euros, que no supone una cantidad determinante en un presupuesto de 150.205 euros

En cuanto al 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, como ha señalado la Jurisprudencia europea, 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. 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.

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, podría ocurrir en este caso, con la libertad de elección de centro de día que corresponde a los usuarios o a sus familiares, aunque debe tenerse en cuenta que al tratarse de un municipio pequeño este riesgo se ve considerablemente disminuido pues no consta que existan otros centros municipales de similares características.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe considerarse que el reducido número de plazas del centro, quince, que no consta que existan otros centros en el municipio y de hecho debe prestarse servicio a otro de la zona, Velilla de San Antonio, y que el

contrato tiene una duración inicial de un año, prorrogable por otro, nos lleva a concluir que un hipotético riesgo de demanda es prácticamente inexistente.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores examinados, este Tribunal entiende que el contrato cuyos pliegos son objeto del presente recurso no puede encuadrarse en la categoría de contratos de gestión de servicios públicos.

En consecuencia, debe considerarse como contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 207.000 euros, por lo que le corresponde al Tribunal la competencia para conocer del recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 42 del TRLCSP).

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP, pues fue anunciada la licitación en el BOCM el 17 de noviembre de 2015 y los Pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento el 19 de noviembre, presentado el recurso el 4 de diciembre de 2015, dentro del plazo de quince días, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- En cuanto al motivo del recurso se contrae al presupuesto de licitación que, considera la recurrente, es insuficiente teniendo en cuenta los costes del personal a subrogar y la tabla salarial vigente contemplada por el Convenio Colectivo del Sector de Residencias y Centro de Día para Personas Mayores de la Comunidad de Madrid.

Concretamente argumenta que *“esta sociedad ha calculado que los costes*

totales de personal subrogable del contrato ascienden a la cantidad anual de ciento ochenta y un mil seiscientos ochenta y cuatro euros con veintinueve céntimos (181.684,29 euros), cantidad notablemente superior a la establecida como presupuesto base de licitación anual del contrato. Por tanto, consideramos que el contenido de los Pliegos supone que la ejecución del contrato deviene irrealizable y no se ajusta a Derecho (Convenio colectivo del Sector de Residencias y Centros de Día para Personas Mayores de la Comunidad), constituyendo una infracción que afecta y perjudica a licitadores como la sociedad CLECE, S.A., con legítimo interés en concurrir a la licitación”.

A continuación recoge las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas en cuanto a personal mínimo a ofertar y la jornada de trabajo prevista así como la información recibida sobre el número de trabajadores a subrogar, su categoría y su jornada de trabajo.

Explica que tomando como referencia las tablas salariales indicadas y el cálculo del porcentaje de jornada a aplicar, en base al listado de subrogación, más la antigüedad, el resultado es una cantidad anual de 181.684,29 euros. *“Aún incrementando esa cantidad con la aportación por manutención, partiendo de una ocupación del 100%, la cantidad sería de 173.689 euros, notablemente inferior al presupuesto de licitación de 150.205 euros”.*

El órgano de contratación en su informe no hace referencia a estos cálculos ni consta en el expediente estudio económico alguno que haya podido servir de base para la elaboración del presupuesto de licitación.

No obstante, constata el Tribunal que la recurrente parte de un presupuesto erróneo en cuanto a la incidencia que la obligación de subrogación vaya a tener en el presupuesto del contrato, puesto que el órgano de contratación ha de fijar el presupuesto en función de las prestaciones a realizar y las horas previstas en los Pliegos, con independencia de que la subrogación de personal implique un coste

superior, derivado de las condiciones anteriormente pactadas con los trabajadores que han de ser subrogados.

Como ha señalado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 292/2012, de 5 de diciembre, *“el artículo 120 TRLCSP relativo a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo dispone que “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”.*

Los términos en que debe comprenderse esta obligación han sido analizados por informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por resoluciones de este Tribunal. Así, la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en su informe de 31/1999, de 30 de junio, se expone que “en definitiva se entiende que la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares,” matizado posteriormente por el informe 33/2002, de 23 de octubre, que señala “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son no solo las propias relativas a la prestación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos

obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley. (...)

El órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 120 TRLCSP, solo tiene la obligación de facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, correspondiendo a los licitadores por consiguiente valorar si concurren o no a la licitación, como ha manifestado este Tribunal en un caso similar en su Resolución 66/2012 (...).

No cabe, pues, aducir como causa de impugnación del pliego la reducción de la prestación ni la minoración de su precio y, menos aún, hacerlo fundamentándolo en la imposibilidad de llevar a cabo la subrogación del personal que viniera ejecutando el contrato en cuestión. La obligación de subrogarse en las relaciones jurídico-laborales del citado personal deriva de la normativa laboral (generalmente del convenio colectivo sectorial correspondiente) por lo que atañe de forma exclusiva a los trabajadores y a la empresa, futura adjudicataria, resultando totalmente ajena a ella el órgano de contratación”.

En consecuencia, siguiendo la argumentación expuesta, el cálculo de costes del contrato no puede tener en cuenta el de las obligaciones laborales derivadas de la subrogación, cuando como en este caso el personal a subrogar, según la información facilitada, presta sus servicios en una jornada laboral muy superior a la exigida en el contrato actual. Esos costes totales los ha de considerar la empresa a la hora de elaborar su oferta, pero no el órgano de contratación en la fijación del presupuesto del contrato, que ha de basarse en las prestaciones y el coste de las mismas, según los precios de mercado.

Cuestión distinta es la posibilidad de comprobar por el órgano de contratación que la información facilitada por la actual adjudicataria, en cuanto a jornadas y dedicación al contrato, sea la correcta, sobre todo teniendo en cuenta que el órgano de contratación ha manifestado que el Pliego es idéntico al de la anterior licitación y, por lo tanto, el personal y las horas exigidas deberían ser las mismas, lo cual, en

principio, no concuerda con la información facilitada por el órgano de contratación.

Caso de no ser coincidente la información suministrada con la situación real de los trabajadores a subrogar, el Ayuntamiento debería proceder a anular la convocatoria y el procedimiento de licitación.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

Quinto.- Respecto a la sanción solicitada por el Ayuntamiento, no considera el Tribunal que la recurrente haya incurrido en temeridad o mala fe en la interposición del recurso, en los términos del artículo 47.5 del TRLCSP, ya que el hecho de haberse presentado a otra licitación con Pliegos análogos, no le impide recurrir los actuales, puesto que podría estar interesada en presentarse a la licitación en mejores condiciones, sin que en estos supuestos sea de aplicación la doctrina de los actos propios.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de CLECE, S.A., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato “Atención a personas mayores o dependientes en el Centro de Día Municipal de Mejorada del Campo”, número de expediente: GS/A/02/15.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la formulación del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por el Tribunal en su reunión de Pleno de 16 de diciembre de 2015.

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 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.