

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

En Madrid, a 19 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Doña C.C.A., en nombre y representación de Alea, Gestión y Tratamiento S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de febrero de 2014, por el que se la excluye del procedimiento de licitación de la gestión del servicio público del Hospital de Día Psiquiátrico de niños y adolescentes (C.A. Hospital de día Hortaleza), tramitado por el Servicio Madrileño de Salud, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de enero de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria del procedimiento abierto para la gestión del servicio público de Hospital de Día psiquiátrico de niños y adolescentes en el ámbito de la Comunidad de Madrid, de referencia C. A. “Hospital de Día Hortaleza 2013”, a adjudicar mediante contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión. El presupuesto máximo de licitación asciende a 2.588.410,80 euros, sin IVA.

Segundo.- El apartado 7 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) recoge la forma de acreditar la solvencia técnica o profesional:

“Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 78 del TRLCSP en relación con el art. 79 TRLCSP), “En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

1. Artículo 78.a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Criterios de selección: Certificación de los servicios prestados en los últimos tres años en el ámbito de actividades de asistencia psiquiátrica y salud mental incluyendo fechas y destinatarios, que totalicen una cuantía equivalente al 60% del total de volumen de negocios (de los 3 últimos años) asociado a prestaciones y actividades objeto del contrato.

2. Artículo 78.b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

Criterios de selección: Se presentará el currículum del Médico Especialista en Psiquiatría que actuará como Coordinador responsable del equipo del Hospital de Día, con indicación de su experiencia profesional en atención a niños y adolescentes en centros o servicios de la Administración Sanitaria o concertada con la misma, obtenida con posterioridad a la finalización como especialista, con una duración mínima de tres años, que será necesario acreditar mediante el/los correspondientes certificados expedidos por el Organismo competente.

3. *Artículo 78.e) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.*

Criterios de selección: Cumplimiento de los requisitos de titulación académica y formación necesarios, para cada uno de los componentes de los recursos humanos que se establecen como requerimiento en el Pliego de Prescripciones Técnicas. A estos efectos, se presentará: declaración responsable, del representante legal de la empresa, relacionando, alfabéticamente y por categorías profesionales, todos los profesionales encargados de la ejecución del contrato, indicando su titulación académica y formación necesaria. Asimismo, se presentará Título Académico.

El licitador deberá cumplir conjuntamente tanto los criterios de solvencia económica y financiera como los criterios de solvencia técnica y profesional”.

Tercero.- Alea Gestión y Tratamiento S.L. (ALEA) presentó oferta para participar en el procedimiento de contratación, aportando para acreditar la solvencia técnica, los medios referidos en el artículo 78.e).

El 12 de febrero se le da traslado del requerimiento para subsanación de los defectos observados por la Mesa de contratación en la documentación presentada en relación a la acreditación de la solvencia técnica o profesional, es decir los referidos a los apartados a) y b) del artículo 78 según los criterios recogidos en el PCAP.

ALEA presenta el 17 de febrero escrito alegando que, de acuerdo con la Cláusula 7 del PCAP, la solvencia técnica o profesional está suficientemente acreditada con la documentación ya presentada al permitir el PCAP su acreditación por uno o varios de los medios que recoge y haberlo hecho por el apartado e) del artículo 78 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El 26 de febrero la Mesa de contratación comunica en acto público la decisión de excluir a ALEA por no acreditar suficientemente la solvencia técnica o profesional.

Cuarto.- Con fecha 28 de febrero de 2014 se ha recibido en este Tribunal escrito formulando recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de febrero de 2014, por el que se excluye a ALEA, del procedimiento de licitación.

El recurso alega la indebida exclusión dado que ha presentado uno de los medios de acreditación de la solvencia técnica, no siendo preciso acreditar todos los medios que se recogen en el PCAP y solicita, bien se resuelva considerar la solvencia técnico-profesional suficientemente acreditada y por tanto admitirla como licitador al procedimiento de contratación, o bien se corrija la cláusula del Pliego mediante el procedimiento recogido por la ley de cara a garantizar la igualdad de todos los interesados en el procedimiento.

Quinto.- Con fecha 5 de marzo de 2014, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación.

Sexto.- El 10 de marzo de 2014, el órgano de contratación remite al Tribunal una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. Se alega, en primer lugar, incompetencia del Tribunal dado que al tratarse de un contrato de gestión de servicios público no cumple el requisito de que los gastos de primer establecimiento superen los 500.000 euros. Todos los recursos a adscribir al contrato, excepto los recursos humanos, son aportados por la Administración y el plazo de duración inicial del contrato es inferior a cinco años. En segundo lugar se alega que el TRLCSP enumera una serie de medios de entre los cuales seleccionará la administración los que resulten más idóneos considerando el objeto del contrato y en el caso que nos ocupa ha seleccionado tres medios con sus correspondientes criterios, es decir, solo cumpliendo los tres requisitos una empresa es solvente desde el punto de vista técnico.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso 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.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Consultores y Gestores de Infraestructuras, S.L. que manifiesta que las características tanto de funcionamiento como de coordinación, como de desarrollo de actividades de los hospitales de día de niños y adolescentes de la comunidad de Madrid, son muy diferentes a las que se ejecutan en el resto de dispositivos de salud mental, como los dependientes de la Consejería de Servicios Sociales o incluso de otros modelos instaurados en otras Comunidades Autónomas. Habida cuenta de esta especificidad la Administración ha considerado, en aras a asegurar la correcta ejecución del contrato, utilizar no uno sino varios medios para la valoración de la solvencia de los licitadores. Por ello entiende que la resolución de la Mesa de contratación no sólo es conforme al PCAP sino al espíritu de la Ley.

Asimismo ha presentado escrito de alegaciones Instituto Psiquiátrico Montreal S.L. que manifiesta que los requerimientos de documentación (técnica, administrativa y económica) no han variado desde la creación de estas licitaciones y suponemos correctamente explicados en los pliegos, ya que con anterioridad ninguna empresa licitadora ha tenido dificultades para comprenderlos. Que si se publicara un nuevo concurso, una vez abiertas de forma pública las ofertas económicas de las empresas que han sido finalmente admitidas a licitación, éstas partirían con una clarísima desventaja ya que el resto de licitadores conocerían esta cifra, que otorga hasta el 70% de la puntuación, y su objetivo sería superarla. Que el servicio al que hace referencia el actual expediente se está realizando de manera totalmente anómala puesto que la adjudicación que lo sustenta tenía fecha de finalización 31 de diciembre de 2013 y lleva desde entonces en una laguna legal y económica. Ello deriva en una situación gravísima para el personal y en especial, para los pacientes allí tratados, que sin duda son los más afectados. Por ello, considera que la resolución de este concurso no se debería demorar más en el tiempo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa ALEA para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora que ha sido excluida del procedimiento *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de febrero de 2014, e interpuesto el recurso el 28 de febrero dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Tercero.- El contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, tramitado mediante procedimiento abierto a adjudicar mediante pluralidad de criterios, con una duración de cuatro años prorrogable hasta diez, no habiéndose previsto ningún gasto de primer establecimiento en el mismo. El objeto del contrato según el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP se incluye en la clasificación CPV 85111500-5 *“Servicios hospitalarios de psiquiatría”*.

Según consta en el PCAP el régimen jurídico del servicio viene regulado en el Decreto 155/1997, de 13 de noviembre, de Régimen Jurídico Básico del Servicio Público de Asistencia Psiquiátrica y de Salud Mental a efectos de su prestación por medios ajenos a la Comunidad de Madrid. Este Decreto trae causa de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que permite que las Administraciones Públicas sanitarias establezcan conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ella en aquellos casos en que no dispongan de los medios suficientes para desarrollarla directamente, así como para completar actividades o programas en materia de Atención Psiquiátrica y Salud Mental, que se realizará, según dispone, mediante el contrato de gestión de servicios en la

conceptuación y regulación del artículo 156.2 de la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Según el artículo 3 de este Decreto tendrán la consideración de beneficiarios del servicio las personas que teniendo derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, sean residentes dentro del ámbito territorial a que se refiere el correspondiente contrato de gestión de dicho servicio público que se formalice al respecto. Y para el acceso se establecen los mismos requisitos que para los Servicios de Salud Mental públicos de la Comunidad de Madrid de la misma tipología.

De acuerdo con dicha calificación el contrato no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación en cuanto no alcanza 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. Si bien la duración del contrato, incluidas las prórrogas supera los cinco años, no se ha previsto la necesidad de gastos de primer establecimiento, por lo que no se produce la condición acumulativa de ambos requisitos.

No obstante, los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación deben proceder a examinar la correcta calificación jurídica de los contratos realizada por los órganos de contratación para comprobar si se ajusta a lo establecido en el TRLCSP, para revisar si puede estar comprendido en alguno de los tipos contractuales regulados, a los solos efectos de establecer su propia competencia, aunque dicha cuestión no hubiera sido planteada por los recurrentes. La simple aceptación de la calificación que hacen el PCAP y el Decreto 155/1997 citado y considerar que por ello el contrato queda excluido de la posibilidad de recurso especial podría constituir una infracción del derecho a un recurso útil y eficaz previsto en la Directiva 89/665/CEE, modificada por la 2007/66/CEE, de 11 de diciembre de 2007, de cuya transposición se deriva el recurso especial en materia de contratación.

De acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación del sector público la gestión de un servicio público puede configurarse tanto mediante el contrato de gestión de servicio público definido en el artículo 8 del TRLCSP en las modalidades previstas en el artículo 277, cuando existe riesgo en la gestión y ésta es asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

Si bien conforme a la legislación anterior a la vigente Ley de Contratos del Sector Público era habitual tipificar los contratos como el presente, como de gestión de servicios públicos y así figura incluso en el citado Decreto 155/1997, en la actualidad este tipo de prestaciones podría calificarse como un contrato de servicios definido en el artículo 10 del TRLCSP. En este caso concreto incluido en la categoría 25 “Servicios Sociales y de Salud” del Anexo II (CPV 85111500-5 “Servicios hospitalarios de psiquiatría”, que se recoge en el PCAP).

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 calificación de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o servicios depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada y la posibilidad de control vía recurso especial en materia de contratación.

El TRLCSP, siguiendo 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 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, 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 la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que se refiere expresamente a la calificación de los contratos de acuerdo con la tipificación de la LCSP (hoy TRLCSP):

“Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración». Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación”.

Esta es también la línea interpretativa establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

“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.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios. En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma”.

El examen de si nos hallamos o no en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos, ha de realizarse a la luz de la Directiva 2004/18/CE, en trasposición de la cual se dicta la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Así se indica en la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto C-196/08 Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, “La cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 31)”.

El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE define la concesión de servicios como un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

De esta forma no es el objeto del contrato, sino la forma fijada para retribuir al contratista, en cuanto determina la asunción del riesgo derivado de la explotación, la que diferencia el régimen jurídico de ambos tipos contractuales (servicios y gestión de servicios públicos), siendo el objeto del contrato de servicios, de acuerdo con la misma Directiva 2004/18/CE los contratos públicos distintos de los contratos

públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

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 analiza 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).*

27. 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).

Es esencial que se pueda hablar de una explotación del servicio, descartando que se trate de concesión de servicios cuando la remuneración percibida consiste únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho en explotar el servicio.

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 privadas, de 11 de Febrero de 2004, incorporada al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (SEC), a efectos del procedimiento de déficit excesivo en las Asociaciones Público Privadas, se distinguen tres tipos de riesgo, el riesgo de construcción, el de disponibilidad y el de 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. En el contrato objeto del presente recurso el adjudicatario no está obligado a realizar obras, por lo que no es apreciable este riesgo.

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 el PCAP que rige la licitación no se prevé este tipo de reducciones.

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. 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.

Trasladando las ideas expuestas al supuesto analizado, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista. Pues si bien la retribución se realizará mensualmente en función de las estancias realmente ocupadas durante el mes natural, la prestación de servicios por el SERMAS, tal como se regula en el PPT y en el Decreto 155/1997, se hace con carácter universal, lo que permite tener por garantizados un elevado nivel de demanda de los servicios que cabe presumir próximo a las 30 plazas reflejadas en el PPT como capacidad del Centro de Hortaleza. Por otro lado la demanda vendrá dada por factores de necesidad diagnóstica y es descartable que reaccione elásticamente en función de la mayor o menor calidad en la prestación de los servicios por la empresa adjudicataria, en este sentido el sistema de admisión de pacientes previsto en el PPT supone que los potenciales usuarios (niños y adolescentes con indicación de tratamiento en un hospital de día psiquiátrico) podrán ser remitidos por los Servicios de Salud Mental o por la Unidades de hospitalización psiquiátrica del SERMAS. Todo lo anterior conduce a considerar que el adjudicatario no sustituye a la Administración en la prestación del servicio, como sería propio de la concesión, sino que más bien realiza una serie de prestaciones que sirven al SERMAS como instrumento auxiliar términos que configuran el contrato como de servicios.

En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera que, ante la ausencia de transferencia de riesgo en la explotación del servicio por el adjudicatario, tal y como está definida la prestación del mismo, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, como es la exclusión de un licitador, en el marco de un contrato de servicios, comprendido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207 000 euros, por lo que es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 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 el presente recurso.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega por la recurrente:

- Que la cláusula 7 del PCAP, en el que se recoge la forma de acreditar la solvencia dice explícitamente respecto de la solvencia técnica o profesional, que ésta se acreditará por uno o varios de los medios que enumera. No cabe ninguna duda respecto de la forma de acreditarla por cualquiera de los medios enumerados, por uno, por dos o por todos ellos, pero siendo uno suficiente. Para requerir todos los medios enumerados, el Pliego debería haberlo indicado expresamente de modo que el requisito publicado con su contenido y alcance exacto, habría sido conocido por todos los posibles interesados y tenido en cuenta a la hora de preparar las ofertas.

- Que no es competencia de la Mesa de contratación ampliar los requisitos recogidos en los Pliegos que rigen la contratación. Y no obstante es lo que hace al requerir que la solvencia técnico profesional se acredite mediante el cumplimiento de todos los medios enumerados en el PCAP y excluir a 5 de los 8 licitadores por incumplir un requisito que no figura en el Pliego.

- Que aún en el caso de que la Mesa de contratación hubiera considerado que existen dudas en el alcance de la cláusula 7 del Pliego, los principios de igualdad y concurrencia que rigen la contratación pública, quieren que las posibles ambigüedades se resuelvan en el sentido de favorecer y ampliar la concurrencia, y no de restringirla, como ha sucedido en este caso.

- Que si el SERMAS y la Mesa de contratación consideran que, debido a la especialidad del servicio que se contrata, la forma de acreditar la solvencia recogida en el Pliego no es suficiente, puede renunciar al procedimiento por los defectos

detectados y volver a convocar la licitación de manera que el alcance exacto de la forma de acreditar la solvencia sea conocido y pueda ser tenido en cuenta por los licitadores a la hora de preparar sus ofertas.

Considera suficientemente acreditada su solvencia técnica o profesional con la documentación ya presentada a la que hace referencia el artículo 78.e) del TRLCSP, cumplimiento de los requisitos de titulación académica y de formación necesarios para cada uno de los componentes de los recursos humanos que se establecen como requerimiento en el PPT.

Entrando al examen de lo alegado hay que señalar que la referencia que hace el PCAP a que la acreditación tendrá lugar por uno o varios de los medios que enumera proviene del artículo 78 del TRLCSP que se cita literalmente y el cual deja a la elección del órgano de contratación determinar alguno de los medios que relaciona. La lectura integradora y finalista del PCAP conduce a interpretar que la intención del órgano de contratación ha sido elegir alguno de los medios de entre los expresados en dicho artículo, en concreto los apartados a), b) y e). Esto que parece claro y no se discute por las partes ha de entenderse de forma acumulativa y no alternativa como pretende la recurrente. A esta conclusión se llega con la simple lectura del párrafo último del apartado 7 de la cláusula 1 del PCAP que señala que *“El licitador deberá cumplir conjuntamente tanto los requisitos de solvencia económica y financiera como los criterios de solvencia técnica y profesional”*. Lo anterior puede y debe entenderse en el sentido de exigir todos los medios seleccionados, ya que no puede leerse como una mera advertencia respecto de que hay que presentar ambas solvencias, la económica-financiera y la técnica o profesional, cosa obvia, que no precisa ninguna aclaración, sino como que cada una de dichas clases de solvencia se ha de acreditar conjuntamente por los medios que se han descrito en el PCAP. La conjunción *“como”* introduce el término de comparación en las construcciones comparativas de igualdad normalmente en correlación con *“tanto”*. Por ello la interpretación gramatical indica que los criterios de selección se deben cumplir de forma conjunta tanto si se trata de la solvencia económica financiera como si se trata de la solvencia técnica o profesional. La

expresión “*por uno o varios de los medios siguientes*” es un modelo tipo que reproduce el artículo 78 del TRLCSP que se ha de concretar en cada caso concreto seleccionando uno o varios de los previstos en el TRLCSP y una vez seleccionados esos son los medios concretos para acreditar el nivel de solvencia. La afirmación no pierde valor por el hecho de que, en este supuesto, para la solvencia económica o profesional únicamente sea exigible un medio. No hay por tanto oscuridad o ambigüedad en la redacción del PCAP que de existir debería resolverse en el sentido de favorecer y ampliar la concurrencia.

Por tanto la solvencia técnica profesional acreditada por la recurrente con la documentación relativa al criterio de selección de artículo 78.e) del TRLCSP con el nivel previsto en el PCAP es insuficiente para acreditar el criterio de selección exigido y no habiendo corregido la insuficiencia en el plazo de subsanación concedido, la inadmisión declarada por la Mesa de contratación se ajusta a Derecho. Por tanto no procede analizar las otras peticiones subsidiarias.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto Doña C.C.A., en nombre y representación de ALEA, Gestión y Tratamiento S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de febrero de 2014, por el que se la excluye del procedimiento de licitación de la gestión del servicio público de Hospital de Día Psiquiátrico de niños y adolescentes (C.A. Hospital de Día Hortaleza).

Segundo.- 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.

Tercero.- Levantar la suspensión que fue acordada por este Tribunal el 5 de marzo.

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.