

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

En Madrid, a 26 de junio de 2013.

VISTO el recurso formulado por Don A.N.L., en nombre y representación de la “Coordinadora anti privatización de la Sanidad de Madrid” (“CAS Madrid”), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, por los que se ha de regir el contrato “Concesión, del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de mayo de 2013 se publicó en el BOCM la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios para el contrato de gestión del servicio público, en la modalidad de concesión, de la atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, Del Henares, Del Sureste y Del Tajo, del SERMAS.

El contrato tiene un presupuesto de licitación de 4.679.820.419,29 euros, y de acuerdo con lo expuesto en la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se trata de un contrato administrativo de gestión de servicios públicos, por concesión.

Interesa destacar a efectos del presente recurso que de acuerdo con la cláusula 19 del PCAP el precio se establece sobre bases capítativas, es decir fijando la prima por persona y año.

El precio anual del contrato se determina mediante la adición de los parciales siguientes:

b.1.- Una parte estrictamente capítativa, resultado de multiplicar la prima por persona ofertada por el adjudicatario, con las actualizaciones que correspondan por revisión de precios o modificación del equilibrio económico del contrato, por el número que resulte de dividir entre dos la suma del número de titulares de Tarjetas Sanitarias de Salud de la población protegida a 31 de diciembre del año anterior más el número de titulares de dichas tarjetas a 31 de diciembre del año en curso.

b.2.- Otra parte correspondiente al saldo positivo o negativo de la Facturación Intercentros definida a continuación (...).

b.3.- Deducciones de Calidad y Disponibilidad. El importe de la cápita a aplicar en la facturación del concesionario se minorará adicionalmente en función de los resultados de la evaluación del cumplimiento de los indicadores de calidad y disponibilidad recogidos en Anexo V del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Por otro lado debe señalarse que en los pliegos se indica que la gestión del servicio corresponderá a las adjudicatarias que podrán subcontratar prestaciones accesorias de acuerdo con la cláusula 17 del PCAP, y deberán disponer de personal en número suficiente y dotado de la titulación y cualificación adecuada para ejercer,

de forma continuada y puntual, los servicios que constituyen el objeto del presente contrato, asumiendo a su riesgo y ventura los posibles errores o insuficiencias de su oferta, de acuerdo con la cláusula 14 del PCAP.

Segundo.- La Coordinadora anti privatización de la Sanidad de Madrid en adelante CAS, interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra los pliegos, tanto el de cláusulas administrativas particulares como el de prescripciones técnicas, por los que había de regirse el contrato el día 25 de junio de 2013, ante este Tribunal que el mismo día requirió al SERMAS para que remitiera el expediente administrativo acompañado del informe contemplado en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSP), requerimiento que fue atendido el mismo día.

El recurrente solicita la nulidad de los Pliegos por los que ha de regirse la licitación del contrato, por considerar que vulneran tanto la legislación en materia de contratación pública, como los principios de igualdad de trato, transparencia, y libre concurrencia. En concreto entienden que no existe en los pliegos claridad sobre el tipo de contrato ante el que nos hallamos, bien un contrato de servicios o de gestión de servicios públicos, por lo que aduce debería procederse a *“la clarificación nítida del tipo de contrato que nos ocupa para su adecuada y correcta regulación en los términos del TRLCSP, de ahí que tales pliegos deban anularse o corregirse en el sentido de subsanar la contradicción advertida”*.

Asimismo, considera que la regulación en los pliegos de la subcontratación resulta inconcreta y por tanto susceptible de producir la extralimitación de las prescripciones legales en materia de subcontratación administrativa, que se vulnera el artículo 226 del TRLCSP, al permitirse en la cláusula 9.13 del PCAP la cesión del contrato sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en aquél, y por último se invoca inconcreción en relación con la docencia e investigación.

Tercero.- El SERMAS, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo señala que procede la inadmisión del recurso al no superarse los umbrales determinantes de la procedencia del recurso especial, dado que el contrato carecería de gastos de primer establecimiento puesto que la cláusula 9.5 del PCAP especifica que la Administración pondrá a disposición de cada uno de los adjudicatarios para la ejecución del contrato, los hospitales, sus infraestructuras, el equipamiento el mobiliario sanitario y no sanitario y los medios auxiliares necesarios para la prestación del servicio relacionados en el anexo XII del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En primer lugar corresponde examinar la competencia del Tribunal para la resolución del recurso. Éste se ha interpuesto contra el PCAP, y el PPT correspondiente a un contrato calificado como gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

Debe hacerse una primera consideración respecto de la calificación del contrato, dado que el recurrente considera que existen incoherencias internas en los pliegos en orden a la calificación del mismo, incoherencia que considera se produce puesto en la convocatoria de la licitación que indica que se hace pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado “Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada (...), incoherencia que considera que se reproduce a lo largo de todo el texto del PCAP, y del PPT, que se refieren indistintamente a servicio público y gestión de servicios públicos.

No aprecia este Tribunal confusión alguna en la terminología utilizada a lo largo del expediente de licitación que pueda inducir a error sobre la verdadera naturaleza del contrato, puesto que tanto en la propia convocatoria, como en los

pliegos y en los informes que preceden a su aprobación consta claramente su calificación como contrato de gestión de servicio público. En concreto puede traerse a colación la cláusula 1 del PCAP, que como es sabido constituye la ley del contrato, en la que expresamente se indica que el presente pliego *“tiene por objeto regular el contrato administrativo de gestión de servicios públicos por concesión, de la atención sanitaria especializada correspondiente a (...)”*.

Por otro lado examinada la convocatoria publicada en el BOCM del día 7 de mayo de 2013, este Tribunal no aprecia la contradicción invocada por la recurrente puesto que en el apartado 2, “Objeto del contrato”, se indica expresamente.

“a) Descripción del objeto: Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios “Infanta Sofía”, “Infanta Leonor”, “Infanta Cristina”, del Henares, del Sureste y del Tajo.

b) Lugar de ejecución: Comunidad de Madrid.

c) Plazo de ejecución: Diez años desde la formalización del contrato”.

Sentado lo anterior queda claro que el contrato ha sido calificado como contrato de gestión de servicio público. Este Tribunal, considera que debe entrar a examinar la corrección de la calificación puesto que aunque el texto del recurso especial no contiene petitum en este sentido, sí que contiene afirmaciones que aunque vagas, parecen cuestionar dicha calificación.

Tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en su Informe 12/10, de 23 de julio de 2010, las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la Directiva 2004/18/CE a definirla 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” (art. 1.4),

Esta definición, sin embargo, ha sido matizada y completada asimismo por la Jurisprudencia:

a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

Este concepto de asunción del riesgo se centra en la STJUE 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst:

24. De la comparación de las definiciones de contrato público de servicios y de concesión de servicios proporcionadas, respectivamente, por el apartado 2, letras a) y d), y por el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18 se desprende que la diferencia entre un contrato público de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida que, sin ser la única, es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartado 39, y Comisión/Italia, antes citada, apartados 33 y 40), mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, C-206/08, Rec. p. I-8377, apartado 51).

25. En el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida, establecida en el artículo 1,

apartado 4, de la Directiva 2004/18 (véase la sentencia Eurawasser, antes citada, apartado 57).

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). (...)

37. 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)”.

Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra),

siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

b) El segundo requisito para que exista concesión de servicios es que la misma incida en actividades que por su naturaleza, su objeto y las normas a las que están sujetos pueden ser competencia del Estado o entidades Adjudicadoras, siempre claro está dejando fuera de este ámbito aquellas actividades reservada en exclusiva a los poderes, es decir debe tratarse de una actividad calificada de servicio público.

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

El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP):

-Artículo 8: *“El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”*).

-Artículo 275: *“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta*

los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

-Artículo 277: “La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”.

Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio, aquel asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio deber ser susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

Resulta indubitado el carácter de servicio público de la prestación objeto del contrato, así como la capacidad de autoorganización del adjudicatario concesionario. Respecto de la asunción del riesgo se comprueba que tanto el sistema de pagos, que incluye indicadores de calidad de la prestación, como la posibilidad de subcontratar, y la definición del personal necesario para prestar el servicio (ambas manifestaciones de la autoorganización que corresponde al empresario), demuestran que el beneficio a obtener depende de la calidad del servicio del número de pacientes efectivamente atendido, así como de la adecuada gestión de aquél, tanto en cuestiones como la posibilidad de subcontratar, o la adecuada gestión del personal y su contratación, lo que implica que el contratista asume el riesgo de la explotación.

Resulta por tanto adecuada a derecho la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos.

Segundo.- Sentado lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP:

De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

(...)

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.”

Consta en el apartado 5 del Anexo I del PCAP, que el presupuesto base de licitación asciende a 4.679.820.419,29 euros, correspondiente al plazo de duración de 120 meses, pero no se indica si el contrato lleva o no gastos de primer establecimiento.

A diferencia de lo que ocurre con los demás contratos susceptibles del recurso especial, no es el valor estimado sino el importe de los gastos de primer establecimiento el determinante de la procedencia o no del mismo y en consecuencia, de la competencia de los órganos encargados de su resolución.

Debe partirse de la consideración de que el concepto de gastos de primer establecimiento es ajeno a la Directiva 2004/18 y a las Directivas de recursos traspuestas por la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que el umbral para la delimitación de los contratos susceptibles de recurso especial en la legislación nacional, en este caso no se ha establecido utilizando parámetros de la normativa de la Unión Europea sino del Ordenamiento Jurídico Español.

Dado que el TRLCSP no ofrece un concepto de gastos de primer establecimiento cabe buscar su definición en otras normas, así contablemente se

consideraban gastos de primer establecimiento los necesarios para que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquella o con motivo de ampliaciones de capacidad según el ya derogado Plan General de Contabilidad (R. D. 1643/1990, de 20 de diciembre) pero que era el vigente durante el proceso de redacción de la Ley de Contratos del Sector Público. De manera que mutatis mutandi serían gastos de primer establecimiento en un contrato de gestión de servicios públicos los precisos para el establecimiento ex novo del servicio o para que este inicie su actividad, tal y como señala el Informe 7/2008 de 11 de junio, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia.

Por su parte el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en su artículo 129 señalaba: *“En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”*. Y en su artículo 126.2.b) *“la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.”*

Ambos preceptos contienen una referencia al establecimiento del servicio, pero no se refieren a gastos, sino a costes, con la importantísima repercusión de la inclusión entre ellos de las inversiones.

Así, aunque el concepto no es idéntico al utilizado en la LCSP cabe plantearse si el legislador utiliza la expresión “gastos de primer establecimiento” desde el punto de vista técnico-contable o si debe entenderse que pretendía referirse a “coste de establecimiento del servicio”. Esta última es la conclusión a que

llega el TACP de Aragón en su Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012.

Este Tribunal considera que cuando la LCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Ahora bien, no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos *ex novo*, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. Desde luego deben descartarse tanto las inversiones previas a la aprobación del expediente (como serían aquellas preexistentes titularidad de terceros distintos del órgano de contratación que se ponen a disposición del objeto del contrato, especialmente en los casos de concierto o mediante la creación de sociedades de economía mixta), como el mayor importe en inversiones derivado de las mejoras ofertadas por el adjudicatario.

Deben asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio, durante la vigencia del contrato, dada la larga vida de este tipo de contratos normalmente.

Sentado lo anterior procede examinar el expediente administrativo para constatar la previsión o no de tales inversiones, el artículo 132 del TRLSC para los contratos de gestión de servicio público, *“Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los*

aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio”, de manera que es preciso regular los aspectos de carácter económico del mismo, lo que exige un estudio económico que debe preceder necesariamente a su licitación y que ha de precisar las previsiones de ingresos y gastos para determinar si es razonablemente rentable a los interesados. La expresión “presupuesto de gastos de primer establecimiento” se refiere al importe previsto en dicho documento.

El SERMAS afirma que en el presente contrato no se han previsto gastos de primer establecimiento.

Este Tribunal comprueba que en la memoria económica que obra en el expediente administrativo, no constan gastos de primer establecimiento por encima del umbral fijado en el artículo 40.1.c) del TRLCSP sin aparecer tampoco en el PCAP o PPT, obligaciones de inversión alguna, puesto que tanto los inmuebles como los equipos con que cuentan los mismos se ponen a disposición de las adjudicatarias.

El contrato no llega por tanto al umbral de 500.000 euros establecido en la Ley como importe mínimo para que se admita la interposición del recurso especial en materia de contratación y por ello no es competencia de este Tribunal su resolución.

Tercero.- En todos los demás supuestos referidos a contratos y actos distintos a los señalados en el artículo 40.1, será de aplicación lo dispuesto al efecto en el artículo 40.5 del TRLCSP que establece que *“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”.

Así consta también en la cláusula 37 del PCAP que señala que para aquellos supuestos no contemplados en el artículo 40 del TRLCSP, y de conformidad con lo establecido en los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cabrá la interposición del recurso potestativo de reposición previo al contencioso-administrativo, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto objeto del recurso.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en 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 de conformidad con el *cual “el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede remitir el citado 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 Ley 30/1992.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de 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, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso formulado por Don A.N.L., en nombre y representación de la “Coordinadora anti privatización de la Sanidad de Madrid” (“CAS Madrid”), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones

Técnicas, por los que se ha de regir el contrato “Concesión, del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo”, por no ser susceptible de recurso especial.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

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.