

**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 E.S.I., en nombre y representación de Izquierda Unida de Madrid, contra la Resolución de 3 de Junio de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se corrige el apartado 2 de la cláusula administrativa particular 33 "garantías" del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la 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, nº. PA-SSPP-1/2013, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de mayo de 2013 se publicó en el BOCM por el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) 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, la atención sanitaria especializada correspondiente a los Hospitales Universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta

Cristina, Del Henares, Del Sureste y Del Tajo.

El contrato tiene un presupuesto de licitación de 4.679.820.419,29 euros. De acuerdo con el anuncio de licitación y la cláusula 33 del PCPAP *“El licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa estará obligado a constituir, a disposición del órgano de contratación, una garantía definitiva. Su cuantía será igual al 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato según lo previsto en el apartado 10 del anexo I”*.

Segundo.- Mediante Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, de fecha 3 de junio de 2013, se acuerda publicar la siguiente corrección de errores de la cláusula 33.2: *“cuantía de la garantía igual al 5% del importe anual de adjudicación del contrato según lo previsto en el apartado 10 del Anexo I”*.

Izquierda Unida de la Comunidad de Madrid, interpuso recurso administrativo especial en materia de contratación contra la citada Resolución el día 20 de junio de 2013, ante el SERMAS, que lo remitió a este Tribunal el día 25 del mismo mes acompañado del expediente administrativo y 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).

El recurrente solicita la nulidad de la Resolución impugnada por considerar que no se dirige a corregir error material alguno, con clara vulneración de lo dispuesto en el artículo TRLCSP.

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 una Resolución dictada en corrección del PCAP, correspondiente a un contrato calificado como gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión.

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 de 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 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 realizarse 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, al caso concreto, 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, y el recurrente se limita a indicar de forma genérica la competencia del Tribunal.

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.

Segundo.- 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 E.S.I., en nombre y representación de Izquierda Unida de Madrid, contra la Resolución de 3 de Junio de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, por la que se corrige el apartado 2 de la cláusula administrativa particular 33 "garantías" del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de la 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, nº. PA-SSPP-1/2013 por no ser susceptible de recurso administrativo especial en materia de contratación.

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.