



**Recursos 1109 y 1110/2014 C.A. Valenciana 136 y 137/2014**  
**Resolución nº 166/2015**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 18 de febrero de 2015

**VISTO** el recurso formulado por D. F. P.R., D.<sup>a</sup> H.M.G. y D.E.G.L., concejales del Ayuntamiento de La Vall d'Uxió en el Grupo Municipal de Esquerra Unida y el recurso formulado por D.J.A.C.C. como Presidente de la Federación de Asociaciones de Vecinos "La Coordinadora" de La Vall d'Uxió ambos frente al acuerdo de aprobación del expediente y los pliegos de cláusulas administrativas que ha de regir la licitación del contrato de "Gestión integral del Auditorio de La Vall d'Uxió", el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El órgano de contratación, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de La Vall d'Uxió aprobó el 30 de julio de 2014 el inicio del procedimiento para la contratación de la gestión integral del auditorio de la Vall d'Uxió. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas se aprobaron el 17 de noviembre de 2014. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el BOP el día 9 de diciembre de 2014.

**Segundo.** El 15 de diciembre de 2014 se presentan sendos recursos ante el órgano de contratación y dirigidos a este Tribunal. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, se procede a la tramitación de ambos recursos de forma acumulada y en la forma legalmente prevista, no existiendo, a la vista del expediente, otros interesados.

**Tercero.** Con fecha 12 de febrero, la Secretaria del Tribunal por delegación de este, resolvió adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 22 de marzo de 2013 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma Valenciana y publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

**Segundo.** El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) del TRLCSP, por tratarse de los pliegos que han de regir la contratación. En cuanto al procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 c) del TRLCSP serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos a los que se refiere el apartado 2 de ese mismo artículo cuando se refieran a 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.

En el presente caso no se dan los requisitos antes señalados, no obstante lo cual ha de tenerse en cuenta que por parte de los recurrentes se cuestiona sin embargo la naturaleza jurídica del contrato, considerando que en este caso podríamos estar ante un auténtico contrato de servicios, toda vez que no existe, según su consideración, transmisión del riesgo al concesionario al haberse previsto en la cláusula 22.1 el pago de una aportación por parte del Ayuntamiento al adjudicatario de carácter fijo, con lo que dicho riesgo resulta inexistente. En tal caso la competencia de este Tribunal vendría dada por lo dispuesto en el artículo 40.1 a) del TRLCSP, pues dada la cuantía de la licitación estaríamos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

La distinción entre contratos de servicios y de gestión de servicios públicos ha sido tratada en diferentes resoluciones del Tribunal, que parten de la premisa de que las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal. Así, en la Resolución 551/2014, de 18 de julio, se indicaba:

*“Sin embargo, nuestro análisis no estaría completo si no profundizásemos un poco más en la verdadera naturaleza del contrato. Es bien conocido que la doctrina de este Tribunal ha perfilado los criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos al que alude la parte recurrente. Nuestra doctrina, recogida por ejemplo en nuestra Resolución 346/2013, destaca que la ley ha configurado un sistema en el que la diferenciación entre las definiciones aplicables a los dos contratos antes citados no permite en algunos casos separar nítidamente ambos conceptos. Tampoco la Directiva 2004/18/CE permitía hacerlo, puesto que para el derecho comunitario no siempre es fácil deslindar este concepto que, en nuestro derecho patrio tiene una honda raigambre. Y es que el contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional, se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia inicial con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Realmente se trata de una cuestión compleja cuyo tratamiento ha ido variando al mismo tiempo que evolucionaba la percepción de las autoridades judiciales europeas. La cuestión es, dijimos entonces, de gran trascendencia porque la integración de un contrato en uno u otro concepto tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico que le es aplicable. Así, en el informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señaló que se trata de una “cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico 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, 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. Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.” Esta*

*circunstancia tiene también una consecuencia añadida cual es la posibilidad de que el contrato de gestión de servicios públicos pudiera no estar sujeto en otros casos a la competencia de este Tribunal si no se cumplen los requisitos que establece la ley y concretamente, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento supere los 500.000 € y el plazo de duración sea superior a 5 años.”*

Para deslindar un tipo de contrato u otro, tal y como se señala por los recurrentes, ha de estarse a la forma en que se haya establecido la retribución del contratista, siendo esencial que exista una transferencia al adjudicatario del riesgo de explotación. Para entender cuando se produce esa transferencia de riesgos, es doctrina de este Tribunal, puesta de manifiesto entre otras en resolución 634/2014, que procede acudir, a efectos meramente interpretativos, a lo dispuesto en la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, cuyo artículo 5.1 establece: *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer 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 transferencia del riesgo de explotación no tiene porqué ser total, sino que cabe una transferencia parcial, siempre y cuando la misma no sea “meramente nominal o desdeñable”. En el presente caso, la retribución al contratista se prevé a través de diversos conceptos: a) ingresos derivados de la explotación del servicio, incluida la cafetería; b) otros ingresos y c) aportación económica del Ayuntamiento, teniendo en cuenta, eso sí, que la aportación económica del Ayuntamiento no puede superar los máximos establecidos en el mismo.

Pues bien, en el presente caso, si tenemos en cuenta la cláusula 22.1 del PCAP y el anexo III del PPT, lo cierto es que el Ayuntamiento financia la totalidad de las pérdidas previstas con motivo de la prestación del servicio, incluido el IVA. En este sentido, la cláusula 22.1 del PCAP dice *“El concesionario tendrá derecho a recibir una aportación a la explotación que será, como máximo de 307.592,37 € el primer año, 283.751,33 € el*

segundo año, 276.569,03 € el tercer año y 281.176,42 € el cuarto año (más IVA). (...)", cuyos importes son coincidentes con la diferencia que existe en el Presupuesto del anexo III del PPT entre ingresos y gastos. Así pues, entendemos que al comprometerse el Ayuntamiento a financiar todas las pérdidas incluido el IVA ello determina la inexistencia de riesgo asociado a la prestación del servicio y por tanto la configuración del presente contrato como un contrato de servicios, sujeto por tanto al recurso especial de revisión previsto en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

**Tercero.** Procede a continuación entrar a analizar la legitimación activa de los recurrentes. En primer lugar, en relación con el recurso nº 1109/2014, formulado por los concejales del Grupo Municipal Esquerra Unida, al respecto debemos traer a colación a la profusa doctrina elaborada por éste y otros Tribunales competentes en materia de contratación del sector público en relación con la legitimación de los miembros de la Corporación Municipal frente a los acuerdos adoptados por las Entidades Locales.

A este respecto resulta especialmente ilustrativa la resolución de este Tribunal nº 120/2014:

*“Sobre la legitimación de los concejales y de los grupos municipales constituidos en las Corporaciones Municipales, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, entre las que cabe citar las resoluciones 075/2013 y 203/2013. En la primera de las citadas resoluciones (de la que es tributaria y a la que se remite la 203/2013), se sientan, tras analizar detenidamente la doctrina jurisprudencial y del propio Tribunal en relación con el concepto de “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores –como sería el caso-, las siguientes conclusiones: i) El grupo municipal, si bien tiene “capacidad para ser parte” a pesar de carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes -debiendo acreditarse la representación del grupo a través del apoderamiento otorgado por todos sus integrantes a uno de ellos-, no está legitimado para recurrir los pliegos aprobados por el Ayuntamiento en un expediente de contratación. ii) Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) LBRL, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo. Trasladando las anteriores consideraciones al supuesto ahora analizado, debe concluirse en la plena legitimación del*

*actor, que actúa a título individual, como uno de los integrantes de la Asamblea que votaron en contra de la aprobación de los Pliegos impugnados”.*

En el mismo sentido la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón nº 44/2012:

*Existe una legitimación «ex lege», que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico, no tratándose de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan los diputados de una Diputación y los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto —inclusive puede hablarse de una obligación— de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el artículo 25.1 de la mencionada LBRL, desprendiéndose esa otra fuente o modalidad de título legitimador de una interpretación conjunta de los artículos 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.”*

En el presente caso ambos requisitos quedan plenamente acreditados en el expediente: la condición de concejales y pertenecientes al Grupo Municipal Esquerra Unida de los recurrentes, a través del certificado emitido por el Secretario General del Ayuntamiento y el voto en contra de los miembros del Grupo Municipal Esquerra Unida, que se recoge en el texto del acuerdo de aprobación de los pliegos que obra en el expediente al número 14 del índice.

Distintas son las condiciones exigibles a la Asociación vecinal recurrente en el expediente 1110/2014 para afirmar su legitimación para la formulación del presente recurso. El artículo 42 TRLCSP establece escuetamente: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*

Es lo cierto que los tribunales con competencias en materia de contratación pública mantienen una interpretación amplia del concepto de “interés legítimo” en este caso, admitiendo la legitimación de aquellos individuos o grupos que, sin ser licitadores e incluso sin pretender serlo, puedan ver sus intereses perjudicados por las decisiones que son objeto de recurso.

En particular, en relación con las asociaciones que defienden intereses colectivos, la doctrina de este Tribunal considera que cabe afirmar su legitimación para recurrir frente a los pliegos de contratación en aquellos casos en que el recurso se centra en aspectos que de forma efectiva puedan afectar a los intereses colectivos que representan, según se indique en sus estatutos. Así, por ejemplo, se ha admitido la legitimación de las asociaciones empresariales para cuestionar aquellas cláusulas del pliego que pudieran afectar a la libre concurrencia (resolución nº328/2014 o nº29/2011).

En todo caso es necesario que se acredite por el recurrente que la eventual estimación del recurso formulado afecta directamente a la esfera de los intereses colectivos que representan, intereses que deben ser concretos y no meramente hipotéticos.

En el presente caso, si bien es cierto que una adecuada gestión de los espectáculos públicos del ayuntamiento puede redundar en un beneficio para los vecinos, potenciales usuarios de tales espectáculos, tal impacto no tiene la concreción suficiente para justificar la legitimación de las asociaciones vecinales en el presente procedimiento, por lo que no cabe admitir el recurso formulado por la Federación de Asociaciones de Vecinos “La Coordinadora” de la Vall d’Uxió.

En todo caso debe decirse que, dado que el contenido de ambos recursos es esencialmente idéntico, la inadmisión de este segundo recurso no afecta ni altera el contenido y sentido de la presente resolución.

**Cuarto.** Alegan los recurrentes tres posibles infracciones cometidas en el acuerdo de aprobación de los pliegos:

- a) La fijación de un precio a favor del contratista, siendo así que, tratándose de un contrato de gestión de servicios públicos, lo que debería haberse fijado es, por el contrario, un canon a favor del Ayuntamiento, según lo dispuesto en el artículo

- 133 TRLCSP. Además, al fijar el precio no se transmite el riesgo y ventura al licitador, tal y como exigen ese tipo de contratos.
- b) La composición de la mesa de contratación no es adecuada, ya que no existe ningún experto en gestión cultural que tenga la capacidad técnica necesaria para valorar adecuadamente las ofertas presentadas, especialmente en lo que se refiere a la valoración de los criterios técnicos o subjetivos (sobre nº 2).
  - c) La exigencia de garantía provisional no está suficientemente motivada, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 95.1 TRLCSP.
  - d) No se ha justificado en el expediente la cuantía del precio a pagar al contratista.

El informe del órgano de contratación no entra en el fondo de tales alegaciones, pues se limita a afirmar que se trata de un contrato de concesión de servicio público no susceptible de recurso, lo que ha sido ya objeto de análisis en el fundamento anterior.

**Quinto.** En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, no puede sino rechazarse dicho argumento. Como ya se ha dicho, la licitación objeto de recurso se refiere a un contrato de servicios. Efectivamente, la falta de transferencia del riesgo al contratista determina la competencia de este Tribunal, así como la aplicación al contrato de la normativa propia de los contratos de servicios, pues, tal y como hasta ahora se ha argumentado, la naturaleza jurídica de los contratos no viene determinada por la denominación dada por las partes, sino por las obligaciones que surgen del mismo.

Sin embargo, el hecho de que la naturaleza jurídica del contrato no sea la designada por el órgano de contratación no supone por sí misma la nulidad del procedimiento, sino únicamente la necesidad de comprobar si en dicho procedimiento se están respetando las normas propias del contrato que verdaderamente se está celebrando. En el presente caso ya hemos dicho, precisamente en atención a las alegaciones de los recurrentes, que no nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos, sino ante un contrato de servicios, donde la fijación de un precio a favor del contratista es consustancial al mismo, por lo que esta primera alegación no puede ser atendida.

**Sexto.** En cuanto a la segunda de las alegaciones, relativa a la composición de la mesa de contratación, debemos remitirnos en este punto a lo señalado en el artículo 21 del



Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

*“1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas.*

*2. Las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación. Entre los vocales deberá figurar obligatoriamente un funcionario de los que tengan encomendado el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un Interventor o, a falta de cualquiera de éstos, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico o al control económico-presupuestario del órgano.*

*3. El Secretario deberá ser un funcionario que preste sus servicios en el órgano de contratación. Cuando no sea posible designar un funcionario, se hará la designación entre los de otro tipo de personal que dependan del órgano de contratación.”.*

De lo anterior se deduce que los únicos vocales que deben tener una determinada especialización técnica para la correcta composición de la mesa son el asesor jurídico y el interventor, los cuales se cumplen en el presente caso.

Solo cuando la ponderación de los criterios sujetos a juicios de valor supera la relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas exige la Ley que la valoración de los primeros se encomiende a un comité de expertos, de conformidad con lo señalado en el artículo 150.2 TRLCPS y 25 del Real Decreto 817/2009. En el presente caso, sin embargo, los criterios evaluables mediante fórmulas tienen un peso mayor que los sujetos a juicios de valor, por lo que la valoración corresponde a la mesa de contratación que, como antes se ha dicho, está correctamente constituida.

Por lo tanto, también esta alegación debe decaer.

**Séptimo.** Por lo que se refiere a la garantía provisional, señala el artículo 103 TRLCSP:

*“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda*

*del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2.*

*Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.”*

En el presente caso resulta palmaria la falta de justificación en el expediente sobre la exigencia de garantía provisional, pese a lo señalado en el precepto transcrito. Ni en el propio PCAP ni en el resto del expediente ni singularmente en la memoria económica, se contiene referencia alguna al motivo por el que se exige la garantía provisional. Tampoco en su informe el órgano de contratación se refiere en absoluto a esta cuestión, por lo que en este punto debe darse la razón a los recurrentes, anulando esta concreta cláusula del pliego.

**Octavo.** En cuanto al concreto precio fijado, debe recordarse lo señalado en el artículo 87.1 TRLCSP:

*“1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”*

En este sentido, se ha dicho por este Tribunal en diversas ocasiones que la fijación del precio es una competencia del órgano de contratación, donde solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permite anular la cláusula correspondiente. Así se señaló en resolución nº 891/2014:

*“Como también hemos señalado en resoluciones anteriores corresponde al órgano de contratación apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato (artículo 22 del TRLCSP) y, además, es el que debe ordenar la dedicación de los recursos de que dispone y definir los servicios que contrata para el cumplimiento de sus fines. “En función de dicha definición los eventuales interesados deben adoptar la decisión de presentar sus ofertas a las licitaciones si les conviene” (Resolución 156/2013, de 18 de abril). Puesto que en la licitación se han presentado dieciséis ofertas, se debe admitir que los cálculos realizados por el órgano de contratación para determinar el precio de licitación no están por debajo del coste real del mercado, habida cuenta de que el artículo 87 del TRLCSP citado no determina los conceptos que deba contener el presupuesto de licitación de estos contratos”.*

En el presente caso el precio establecido en el PCAP viene suficientemente justificado en el expediente, especialmente en el anexo III del PPT, donde constan los datos de ingresos y gastos previstos para la ejecución del servicio. Tampoco los recurrentes ofrecen justificación ni acreditación alguna de la incorrección de tales cálculos, por lo que la alegación debe ser desestimada.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** No admitir el recurso formulado por D.J.A.C.C. como Presidente de la Federación de Asociaciones de Vecinos “La Coordinadora” de La Vall d’Uxió y admitir y estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F. P.R., D.<sup>a</sup> H.M.G. y D.E.G.L., concejales del Ayuntamiento de La Vall d’Uxió en el Grupo Municipal de Esquerra Unida ambos frente al acuerdo de aprobación del expediente y los pliegos de cláusulas administrativas que ha de regir la licitación del contrato de gestión integral del auditorio de la Vall d’Uxió, anulándolo únicamente en cuanto a la cláusula relativa a la exigencia de garantía provisional, en los términos del fundamento jurídico séptimo.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47.4 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.