



Recurso nº 200/2017 C.A Castilla-La Mancha 20/2017

Resolución nº 317/2017

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

En Madrid a 31 de marzo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.G.G., en representación de la entidad INSTINTO DEPORTIVO S.L., contra la adjudicación del contrato de *“gestión del servicio público de piscina climatizada cubierta de Socuéllamos en la modalidad de concesión administrativa”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 20 de diciembre de 2016 se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Pliego de Prescripciones Técnicas de contrato de referencia, que se publicaron en el Boletín Oficial de la Provincia n. 249, de fecha 27 de diciembre de 2016, en la Plataforma de Contratación del Estado el 27 de diciembre de 2016 y en el Tablón de Edictos Electrónico del Ayuntamiento de Socuéllamos, con fecha 27 de diciembre de 2016. En el anuncio figura un valor estimado del contrato de 92.439,57 euros.

Segundo. En lo que nos interesa, el Pliego de Cláusulas administrativas (PCA) señala.
“CLÁUSULA PRIMERA. Objeto y Calificación.

El objeto del contrato es la gestión del Servicio Público de Piscina Climatizada Cubierta de Socuéllamos junto con el resto de instalaciones que forman parte de la misma.

El contrato definido tiene la calificación de contrato administrativo de gestión de servicios públicos tal y como establece el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



La explotación del servicio se realizará mediante la modalidad de concesión por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.”

“CLÁUSULA CUARTA. Retribución del Concesionario

El adjudicatario se retribuirá con:

A) El importe que obtenga de la venta de entradas y la organización de cursos y actividades físico-deportivas, de acuerdo con las tarifas que en cada momento establezca la Ordenanza Fiscal correspondiente, aprobada por el Ayuntamiento (se acompaña como Anexo la Ordenanza Fiscal reguladora de las tarifas).

B) El Ayuntamiento abonará al concesionario una subvención a la explotación de 92.439,57 €/temporada, a abonar en siete plazos mensuales, o una cantidad inferior que ofrezca en su proposición el gestor que resulte adjudicatario.”

“CLÁUSULA SÉPTIMA. Duración del Contrato

La duración del contrato de gestión de la Piscina Climatizada Cubierta de Socuéllamos será de 3 años, con posibilidad de prórroga por 2 años más, previo acuerdo expreso del órgano de contratación.”

Y el Pilego de Prescripciones Técnicas (PPT): “1.1.- ESTABLECIMIENTO DEL SERVICIO Y ÁMBITO FUNCIONAL.

El Ayuntamiento de Socuéllamos, contando al día de la fecha con la titularidad de los inmuebles e instalaciones precisos, resuelve establecer la prestación de los servicios públicos de la Piscina Climatizada Cubierta.

Se establece la gestión de estos servicios públicos mediante concesión, según la cual el concesionario llevará a cabo la gestión y explotación de la piscina cubierta climatizada con sus respectivas instalaciones anexas.”

(...)



“CAPITULO 3. PRESTACION DEL SERVICIO

3.1.- TAREAS PREVIAS A LA APERTURA DE LA PISCINA CLIMATIZADA:

- *Elaboración del Programa de Autocontrol según Decreto 288/2007, de 16 de Octubre por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias de las piscinas de uso colectivo.*
- *Obtención de las autorizaciones administrativas y de los informes sanitarios y de otro tipo necesarios para la apertura de la Piscina.*
- *Limpieza general de las instalaciones para proceder a su apertura en perfectas condiciones higiénico-sanitarias.*
- *Tratamiento inicial de Legionela.*

Elaboración de un inventario de bienes entregados con la instalación con expresión de sus características, marca y modelo, así como de su valoración económica y estado actual. A tal efecto, se redactará un acta que será suscrita con la representación del concesionario y el funcionario municipal que se designe.

El inventario se actualizará con los nuevos bienes que se vayan adquiriendo.”

Tercero. Presentados diez licitadores, con fecha 23 de enero de 2017 se procedió a la apertura de las ofertas. Tras varias reuniones de la Mesa de Contratación, en la última sesión, de fecha 14 de febrero de 2017, se propone al órgano de contratación adjudicar a la empresa UNIGES-3, S.L., la gestión del Servicio Público de Piscina Climatizada de Socuéllamos, por considerar que es la oferta más ventajosa.

Con fecha 6 de febrero de 2017, se presenta por la empresa Instinto Deportivo, S.L. reclamación contra el Acta de apertura de plicas.

Con fecha 16 de febrero de 2017, se adjudica a la empresa UNIGES-3, S.L. el contrato de gestión del Servicio Público de Piscina Climatizada de Socuéllamos.



Mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión de fecha 16 de febrero de 2017, se desestima la reclamación presentada por Instinto Deportivo, S.L., considerando que:

“En la oferta económica inicial presentada por Instinto Deportivo, S.L. figura en negrilla “haciendo un total de ochenta y tres mil ochocientos ochenta y nueve euros con treinta céntimos, 83.889,30 €”, siendo esta la cantidad que se tuvo en cuenta a la hora de valorar las ofertas económicas.

El Pliego de Cláusulas Administrativas en su cláusula cuarta, letra b) y en su cláusula décima, letra a) hace referencia a la cantidad que el Ayuntamiento abonará al concesionario en concepto de subvención, sin hacer referencia alguna al Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que se entiende que la oferta de Instinto Deportivo, S.L. está, por tanto, mal planteada, no ajustándose al Pliego de Condiciones e induciendo a error. Así, en su oferta establece taxativamente que la cantidad sería “... 69.330,00 €, a lo que se ha de añadir la cantidad de 14.559,30 €, haciendo un total de 83.889,30 €”, mientras que posteriormente en su reclamación dice: “ 69.330,00 €, al cual, en su caso, habrá que aplicarle los impuestos legalmente exigibles, o no, en el caso de que así estuviera establecido.”

La oferta está mal configurada y la redacción de la misma es diferente al comparar la oferta con la reclamación. Además, ésta se formula una vez que se ha tenido conocimiento del resto de las ofertas presentadas por los licitadores, lo que le permite jugar con el IVA para presentar finalmente una u otra cantidad.”

La adjudicación fue notificada el 23 de febrero 2017 a la aquí recurrente.

Cuarto. La recurrente interpone este recurso el 10 de marzo de 2017, alegando que se valoró su oferta incluyendo el IVA, cuando el mismo se había desglosado, y señalando que la notificación de la adjudicación no contiene la motivación de la misma.

El órgano de contratación recoge en su informe el acuerdo ya transcrito de la Junta de Gobierno Local, y señala que el acto que se impugna lo es de un contrato excluido por el art. 40.1.c) de la posibilidad de ser susceptible de este recurso especial en materia de contratación.



Ha presentado alegaciones la adjudicataria, señalando que la oferta económica de la recurrente era errónea, confusa y no subsanable.

Quinto. Por Resolución de 16 de marzo de 2017, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió levantar la suspensión del procedimiento de licitación producida conforme al art. 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde en principio a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSF y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de 15-10-2012.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello y el acto recurrido es uno de los contemplados, en principio, como susceptible de recurso por el TRLCSF.

Tercero. En cuanto a la legitimación de la recurrente, también concurre conforme al art. 42 TRLCSF por ser licitadora.

Cuarto. De modo previo a entrar en el fondo se exige el análisis de la competencia de este Tribunal, pues no se extiende al conocimiento de todos los contratos de gestión de servicios públicos.

A estos efectos, como hemos señalado en Resoluciones recientes (como referencia, en la nº 480/2016, o la 662/2016), a los contratos de gestión de servicios públicos convocados con posterioridad al 18 de abril de 2016, fecha en la que finalizó el plazo de



trasposición de la Directiva 2014/23, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), les son de aplicación determinadas previsiones de la misma. Esa Directiva 2014/23 regula por primera vez los contratos de concesión de servicios, que hasta ahora no estaban sujetos a regulación armonizada y se aplica a las concesiones de un valor estimado igual o superior a 5.225.000 euros.

Como la licitación impugnada se convocó en una fecha posterior al 18 de abril, es de aplicación directa la DC, de la que resulta, como contempla la *“RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO A LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.”* de 15-3-2016, que, conforme a su art. 5, tanto los contratos de concesión de obras públicas como los contratos de gestión de servicios públicos podrán caracterizarse como *“sujetos a regulación armonizada”* (lo que implica necesariamente la competencia de este Tribunal), cuando: (i) superen el umbral de aplicación que establece la DC (art. 8), y (ii) puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC (esencialmente, exista transferencia del riesgo operacional); y, además, (iii) no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación .

Pues bien, en cuanto al primer requisito, el art. 8 de la DC *“Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones”* señala:

“1. La presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5 186 000 EUR.

2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

Esta estimación deberá ser válida en el momento en que se publique el anuncio de concesión o, cuando no se prevea tal anuncio, en el momento en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora inicie el procedimiento de adjudicación de la concesión, por ejemplo, cuando proceda, entrando en contacto con los operadores económicos en relación con las concesiones.



A efectos del apartado 1, si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20 % su valor estimado, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.

3. El valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión. Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:

- a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;*
- b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;*
- c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;*
- d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;*
- e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;*
- f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;*
- g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores.*

4. La elección del método para calcular el valor estimado de una concesión no se efectuará con la intención de excluir esta del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Una concesión no deberá subdividirse con la intención de evitar que entre en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a menos que esté justificado por razones objetivas.

5. Cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en que las concesiones se adjudiquen en forma de lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor total estimado de todos los lotes.



6. Cuando el valor acumulado de los lotes iguale o supere el umbral establecido en el presente artículo, la presente Directiva se aplicará a la adjudicación de cada lote.”

Si bien nuestro contrato no contiene un método de cálculo del valor estimado que se ajuste a lo preceptuado en el precitado artículo, es obvio para este Tribunal, en atención a la tipología de los servicios y al pago anual hecho por el adjudicador, que no se supera el umbral establecido por la DC, por lo que no estamos ante un contrato sujeto a regulación armonizada.

Ahora bien, como señala la antedicha Recomendación, “a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos.”

Por lo que la competencia del Tribunal debe determinarse también por aplicación del TRLCSP. Y de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.c) de dicha norma, en los contratos de gestión de servicios públicos sólo es posible interponer el recurso especial en materia de contratación cuando se cumplan los dos requisitos de 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 relación con el segundo de los requisitos, es obvio que no se cumple tal exigencia, pues conforme a la cláusula SÉPTIMA, el contrato puede alcanzar *hasta 5 años con posibles prórrogas*, mientras que el artículo 40.1,c) del TRLCSP exige que la duración sea superior a cinco años.

En cuanto al primer requisito, ya hemos señalado en numerosas Resoluciones (como referencia, con cita de otras, en la número 990/2015, de 23 de octubre) que la expresión *“presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto*



sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros”, se refiere únicamente al importe previsto de los gastos o inversiones que el eventual adjudicatario del contrato deba asumir para la puesta en marcha del servicio público cuya gestión se le ha encomendado.

En este caso concreto, como en la Resolución 990/2015, de referencia, el pliego de condiciones no fija el presupuesto de gastos de primer establecimiento, por lo que debe acudir a la determinación de estos gastos de una forma implícita, según su contenido, entendiendo por gastos de primer establecimiento, aquellos a los que tendrá que hacer frente el adjudicatario con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio.

Y, en nuestro caso, y como puede verse del PPT citado en nuestro Antecedente segundo, las instalaciones donde se va a desarrollar el contrato están ya ejecutadas y son de titularidad del Ayuntamiento, y las labores exigidas al adjudicatario como previas a la explotación se limitan a labores de puesta a punto de dichas instalaciones, por lo que puede estimarse razonablemente que, como alega el órgano contratante, no se alcanza el umbral económico exigido para justificar la competencia de este Tribunal conforme al vigente TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.G.G., en representación de la entidad INSTINTO DEPORTIVO S.L., contra la adjudicación del contrato de *“gestión del servicio público de piscina climatizada cubierta de Socuéllamos en la modalidad de concesión administrativa.”*

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.



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 Castilla-La Mancha, 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.