



Recurso nº 205/2023 C.A. Illes Balears nº 17/2023

Resolución nº 325/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 16 de marzo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.B.P. contra el acuerdo de exclusión de la licitación del *“Contracte administratiu especial de servei de gestió del camp municipal de Nova Cabana amb explotació de bar”* expediente 2022/6817L, licitado por el Ayuntamiento de Marratxi, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 29 de diciembre de 2022 el Ayuntamiento de Marratxi publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del *“Contracte administratiu especial de servei de gestió del camp municipal de Nova Cabana amb explotació de bar”*, con un valor estimado de 509.233,32 euros.

Segundo. Consta en el acta de la Mesa de Contratación celebrada el 19 de enero de 2023 (documento nº 3 del expediente de contratación remitido) que, examinada la documentación incluida en el sobre nº 1 (documentación administrativa), se observaron los siguientes defectos respecto de la documentación presentada por la licitadora Laura Barquilla Piñol:

“Parte II, apartado A: tiene que indicar el nº de IVA u otro documento de identificación nacional (DNI).

Solvencia técnica y económica”.

La Mesa de Contratación acordó requerir la subsanación de los defectos advertidos, en un plazo de 3 días naturales.

Tercero. La Mesa de Contratación, en su sesión de 1 de febrero de 2023 (documento nº 13 del expediente) consideró insuficiente la documentación presentada por la licitadora Laura Barquilla Piñol para justificar, en el trámite de subsanación, su solvencia técnica, por



lo que acordó excluirla de licitación y proponer la adjudicación del contrato a favor del licitador M.M.G.

El acuerdo de exclusión fue notificado a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 3 de febrero de 2023.

Cuarto. El 12 de febrero de 2023 D. L.B.P. interpuso recurso especial en materia de contratación contra el referido acuerdo de exclusión.

El recurso, cuyo planteamiento es un tanto confuso, parece fundamentarse en dos motivos: la improcedencia de la exclusión acordada, por entender la recurrente que ha justificado adecuadamente su solvencia técnica, y el carácter anormal o desproporcionado de la oferta del licitador propuesto como adjudicatario. En concreto, se afirma en el recurso lo siguiente:

“En cuanto al punto 1.

La licitadora en base al apartado C de la página 14 del PCAP, documentación relativa a criterios de adjudicación, presentó Anexo IV con los medios auxiliares para el mantenimiento específico del césped artificial, adjuntando a la enmienda los presupuestos de alquiler a una empresa acreditada de las máquinas de raspado y Sportchamp o similar y el coste de adquisición de la escoba y soplador de hojas.

Considerando esta parte justificada debidamente en base al PCAP la solvencia técnica para no ser excluida de la licitación y teniendo en cuenta, además, que en la valoración de los criterios evaluables dicha mesa deja constancia que la valoración del criterio técnico que se produce en las cualificaciones de los criterios evaluables es debida a lo presentado en el Anexo IV, que no se ha rellenado correctamente por ningún licitador”.

“En cuanto al punto 3:

En base al apartado K de la página 8 del PCAP, la mesa de contratación no aprecia existencia de valores anormales o desproporcionados en lo que dispone el artículo 85 del RD 1098/2001 de 12 de octubre del reglamento de contratación pública

Partiendo del Estudio económico de la licitación 2022/000006817L que da soporte a los pliegos administrativos (PCAP) y a las prescripciones técnicas del contrato evaluando los aspectos económicos para velar por el cumplimiento y equilibrio económico del contrato donde en el apartado 4.1 de los Ingresos de servicio del bar, el Ayuntamiento evalúa el



margen de precio de mercado entorno al 175% del coste de la materia prima, por encima del 123 por ciento del margen obtenido por la anterior concesionaria, margen que sirve para determinar el canon a liquidar.

Los precios de venta al público puntuados con la máxima puntuación están muy por debajo del precio de mercado en el sector de hostelería y habiendo entre los dos licitadores cerca de más de 50 unidades porcentuales de diferencia de los precios de venta al público ofertado, es desproporcionada la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada y los precios de venta al público de los productos del bar, que son la base de los ingresos para sufragar el canon y los costes de explotación”.

Quinto. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal un informe en el que señala lo siguiente:

- La licitadora recurrente, tras ser requerida infructuosamente para que subsanase su solvencia técnica, confunde la solvencia técnica con el criterio de adjudicación referido al Anexo IV, como medios auxiliares para el mantenimiento del césped artificial.

La solvencia técnica que debía acreditar es la prevista en la cláusula F3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), según lo previsto en los artículos 90, 93 y 94 de la LCSP.

La licitadora recurrente no ha acreditado ni la relación de servicios de similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato ni las cuantías del año de mayor ejecución, y tampoco declara, en caso de ser una empresa de nueva creación, el personal técnico del que dispone ni la declaración de maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá para la ejecución de los trabajos, todo ello conforme al PCAP y a la LCSP-

- Respecto a los parámetros para identificar ofertas anormalmente bajas conforme al artículo 85 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), la recurrente, que es una licitadora excluida, carece de interés legítimo para este motivo de



impugnación, pues la legitimación exige algo más que el mero interés en la defensa de la legalidad y exige invocar un interés que no sea meramente potencial, hipotético o futuro.

Sexto. El 20 de febrero de 2023 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por el licitador M.M.G., que en su escrito de alegaciones, de 21 de febrero de 2023, indica que la recurrente:

- No ha acreditado en modo alguno la solvencia técnica exigida en la cláusula F del PCAP.
- Carece de interés legítimo para plantear el carácter anormal de la oferta del licitador propuesto como adjudicatario, al haber quedado excluida de la licitación, siendo así que la Mesa no ha considerado que la oferta mejor valorada incurra en presunción de anormalidad según los parámetros establecidos en los pliegos.

Solicita, por todo ello, la desestimación del recurso.

Séptimo. Con fecha de 28 de febrero de 2023 la Secretaria del Tribunal –por delegación de este–, acordó la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente procedimiento se rige por la ya citada LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Tercero. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP.



Cuarto. Procede reconocer a la recurrente legitimación para impugnar una exclusión que considera contraria a Derecho y que le impide participar en la licitación (artículo 48 de la LCSP).

Quinto. La actuación impugnada (el acuerdo de exclusión de la licitación) es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP.

Sexto. La posibilidad de recurrir el concreto contrato impugnado requiere un examen más detenido.

El contrato objeto de recurso se califica como *“contrato administrativo especial de gestión del campo municipal de Nueva Cabana con explotación de bar”*.

Conforme al artículo 44 de la LCSP:

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

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.”

Conforme al artículo 25.1 de la LCSP, son contratos administrativos especiales:

“b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o

por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.

Es reiterado el criterio del Tribunal que sostiene 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”* (por todas, Resolución 560/2015, de 12 de junio). Procede por ello examinar el contenido del contrato que se examina.

Según la cláusula 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT):

“La finalidad del contrato es la adjudicación del contrato administrativo especial de gestión del campo municipal de Nueva Cabana con explotación de bar y que incluye las obligaciones siguientes:

- Conservación de las construcciones e instalaciones en perfecto estado de funcionamiento.*
- Mantenimiento de las instalaciones en cuanto a pintura y limpieza.*
- Mantenimiento del césped artificial.*
- Control del uso de las instalaciones deportivas de acuerdo con la normativa y la programación previamente establecidas.*
- Acondicionamiento del campo de fútbol antes del inicio de los correspondientes partidos.*
- Control higiénico y sanitario y de buen funcionamiento de las instalaciones deportivas.*
- Control de la utilización y buen funcionamiento del alumbrado, el agua y los calentadores.*
- Abrir y cerrar todos los accesos al recinto deportivo en las horas previstas, así como las puertas de vestuarios y almacenes, de acuerdo con los horarios de utilización de estas dependencias.*
- Cobro de los tickets para la utilización de las instalaciones y su control contable.*
- Explotación exclusiva del bar de la instalación deportiva y de todas las máquinas expendedoras que puedan instalarse en el recinto durante el periodo de apertura.*

El adjudicatario contará con los recursos humanos necesarios para la ejecución del contrato, adecuados al número de usuarios existentes en cada momento.”



Por tanto, el contrato tiene por objeto la gestión de una instalación deportiva municipal y la explotación del bar incluido en ella.

Conforme a la cláusula 6 del PPT, la explotación el bar incluido en el recinto municipal conlleva que el contratista asuma la obligación de contratar el personal y de adquirir todo el equipamiento y material necesario, garantizando el suministro al público de una serie de productos. Se advierte que el PPT en numerosas ocasiones alude al adjudicatario del contrato con la expresión “*el concesionario*”.

Tras la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la figura del contrato administrativo especial, de honda raigambre en nuestro Derecho, adquiere un carácter mucho más residual. Efectivamente, como se indicó en la Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2018, de 6 de marzo, sobre contratación de poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública y de entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, entre las novedades relativas a la tipología de contratos que introdujo la LCSP, se incluye la siguiente:

“4. Supresión del contrato de gestión de servicio público y, con ello, de los distintos modos de gestión indirecta de los servicios públicos del artículo 277 del TRLCSP y, al mismo tiempo, regulación novedosa del contrato de concesión de servicios.

El contrato de concesión de servicios de la LCSP engloba el anterior contrato de gestión de servicios públicos y, además, todos aquellos supuestos en los que una Administración contrata un servicio de su competencia (no necesariamente público), transfiriendo al contratista el riesgo operacional. La distinción entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios radica, precisamente, en la necesidad de que en este último (contrato de concesión de servicios) se produzca una transferencia del riesgo operacional (comprensivo del riesgo de demanda o de suministro) al contratista. Como el contrato de concesión de servicios no exige que su objeto sean servicios públicos, la LCSP establece determinadas normas (artículos 284.2, 285.1, in fine, 291.3 y 294.c), 293) específicamente aplicables cuando la concesión se refiera a servicios públicos”.

Ello ha determinado supuestos tradicionalmente calificados como contratos administrativos especiales, tras la entrada en vigor de la LCSP pasen a ser contratos de concesión de servicios o contratos de servicios, según se transfiera o no al contratista el riesgo



operacional, que incluye el riesgo de demanda y el riesgo de suministro, en los términos previstos en el artículo 14.4 de la LCSP:

“4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

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.”

Tras la LCSP, el contrato de explotación de bares y cafeterías, tradicionalmente calificado como contrato administrativo especial (informes de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa 24/05 o 25/12), ha de ser reconducido a la figura del contrato de servicios (si no se transfiere el riesgo operacional al adjudicatario) o al contrato de concesión de servicios (si el contratista asume dicho riesgo operacional). Así, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) 87/18 concluyó, a este respecto, lo siguiente:

“El contrato consistente en la prestación del servicio de bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas de dominio público y retribuido mediante la explotación del mismo, no debe ser calificado como contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de concesión de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisión del riesgo operacional. En el caso de que este último requisito no concurra se calificará como contrato de servicios”.

Considerando la JCCPE en el citado informe 87/18 que:



“Esta conclusión es, por demás, congruente con la evolución de la legislación española sobre contratos públicos, en la cual se observa una pérdida de importancia de los contratos administrativos especiales, que si bien se han mantenido en el vigente texto legal, aparentan ser ahora una categoría cuasi residual en la práctica cuya definición tiene una peculiaridad característica que impide que califiquemos de contrato administrativo especial a aquel que pueda incardinarse en un contrato administrativo típico, como es el caso que se nos plantea”

Sucede lo mismo con el contrato de *“gestión del campo municipal”*. El artículo 25.2.I) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), incluye en la enumeración de las competencias propias de los municipios las relativas a la *“Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre”*. Así las cosas, el contrato puede tener encaje en el contrato típico de concesión de servicios, definido en el artículo 15.1 de la LCSP como *“aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”*, y siempre que el derecho de explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Aunque las prestaciones relativas a la gestión del campo deportivo municipal podrían ser también las propias de un contrato de servicios (artículo 17 de la LCSP), se advierte, a la vista de la documentación contractual, que el adjudicatario asume el riesgo operacional en dicha gestión, al no estar garantizada la obtención de beneficios, y al prever el PCAP la obligación del adjudicatario de satisfacer un canon anual a la Administración contratante. El apartado A.2 del PCAP (*“Otros sistemas de determinación del precio”*), establece lo siguiente:

“Teniendo en cuenta el estudio económico del servicio de explotación del campo municipal de fútbol de Nueva Cabana emitido por el Director de Recursos Económicos, según los ingresos estimados y los costes estimados por el correcto funcionamiento de estas instalaciones se fija un canon de 9.477,24 € anuales IVA excluido, esto es 18.954,48 € (2 años).



Ahora bien, para calcular los ingresos extraordinarios y las pérdidas extraordinarias, se han calculado un incremento o una disminución del ingreso esperado en el alquiler de las pistas. Por lo tanto, se ha establecido un escenario positivo donde se calculan los ingresos de las pistas si se incrementa un 40% y un escenario negativo donde se han calculado los ingresos de las pistas si disminuyera un 40% el alquiler de las pistas.

Por lo tanto, el adjudicatario pagará solo íntegro el canon anterior de 9.477,24 € cuando la diferencia entre los ingresos y los gastos esté entre los 6.078,07 euros y los 12.876,41 euros.

Cuando la diferencia entre los ingresos y los gastos sea superior a 12.876,41€, el adjudicatario ingresará el 20% de esta diferencia al Ayuntamiento, mientras que él es quedará el 80% restante.

Cuando la diferencia entre los ingresos y los gastos sea inferior a 6.078,07€, el Ayuntamiento descontará al adjudicatario del canon de 9.477,24€ la diferencia mencionada con el límite de los 6.078,07€ (por lo tanto, el canon mínimo que se tiene que pagar en todo caso en este escenario será de 3.399,17 euros), contra factura presentada una vez finalizada el servicio y presentada memoria económica justificativa de los ingresos obtenidos y los gastos generados por la prestación del servicio.

Este canon se liquidará una vez finalizada el servicio y prestada memoria económica justificativa de los ingresos obtenidos y los gastos generados por la prestación del servicio. En caso de que la memoria no se presente dentro del plazo de un mes desde la mencionada finalización se liquidará con carácter provisional el canon de 9.477,24€, por anticipado de la liquidación definitiva.

Todos los importes anteriores son IVA excluido y con carácter anual."

En cuanto al "Desglose del precio de licitación", los únicos ingresos que contempla el PCAP se corresponden a:

"Ocupación pistas: 8.497,93 €

Ingresos servicio de bar: 118.805,40€

Total.- 127.308,33 €".



Y se prevé que el adjudicatario se retribuya únicamente con cargo a las tarifas y pagos que perciba de los usuarios.

Así las cosas, y dado que el contratista asume un riesgo operacional derivado de la gestión del campo deportivo municipal y de la explotación del bar incluido en su recinto, procede concluir que, con independencia de la denominación empleada, no estamos ante un contrato administrativo especial, sino ante un contrato de concesión de servicios que aúna dos prestaciones (gestión del campo deportivo y explotación del bar).

Como quiera que el valor estimado del contrato (509.233,32 euros, calculado según la cifra de negocio estimada en el estudio económico que acompaña el expediente), no alcanza el importe previsto en el artículo 44.1.c) de la LCSP (3 millones de euros), se ha de concluir que el contrato impugnado no es susceptible de recurso especial en materia de contratación, lo que determina la inadmisión del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.c) de la LCSP.

Séptimo. Cabe añadir que, de no mediar la aludida causa de inadmisión, el recurso no podría prosperar.

Por una parte, del expediente de contratación se desprende (documento nº 15.b) que la recurrente, debidamente requerida en el trámite de subsanación del sobre nº 1, no acreditó la solvencia técnica exigida en la cláusula F3 del PCAP (relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el decurso de los tres últimos años, acreditados con los correspondientes certificados).

Por otra parte, siendo procedente la exclusión de la recurrente, la misma carece de legitimación para impugnar la oferta del adjudicatario (por todas, resoluciones 865/2020, de 31 de julio, 990/2019, de 6 de septiembre, 195/2015, de 27 de febrero).

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. L.B.P. contra el acuerdo de exclusión de la licitación del *“Contracte administratiu especial de servei de gestió del camp municipal de*



Nova Cabana amb explotació de bar” expediente 2022/6817L, licitado por el Ayuntamiento de Marratxi.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

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 Baleares, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES