



Recurso nº 106/2013 C.A. La Rioja 048/2013
Resolución nº 091/2013

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2013.

VISTO el recurso especial interpuesto por D. G.G.L. en representación de OCIO SPORT RIOJA S.L contra la resolución de 30 de enero de 2013 del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A de desistimiento del procedimiento de licitación relativo a *“Gestión Integral del Polideportivo Municipal Las Gaunas”*, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de La Rioja 7 de noviembre de 2012, licitación para adjudicar por procedimiento abierto contrato relativo al *“Gestión Integral del Polideportivo Municipal Las Gaunas”*, con un valor estimado de 500.000 €.

Segundo. El recurrente mediante escrito presentado en el registro del órgano de contratación el día 15 de febrero de 2013 interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución dictada el 30 de enero de 2013 por la que se desistía del procedimiento de licitación.

Tercero. El recurrente solicita la anulación de la resolución recurrida y el recibimiento a prueba interesando la aportación del expediente administrativo.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 20 de febrero de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ninguno ha evacuado este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 30 de julio de 2012, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 18 de agosto de 2012.

Segundo. El escrito de recurso se presentó dentro del plazo previsto para su interposición en el TRLCSP (artículo 44.2).

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. Constituye el objeto del recurso el acto administrativo de desistimiento del procedimiento para la contratación de la gestión integral de un polideportivo municipal. La primera cuestión que ha de abordarse es si el acto ha sido dictado por un poder adjudicador, y en segundo término, para el caso de que así sea, si es susceptible de recurso.

La resolución de este Tribunal número 240/2011 ya examinó los requisitos que deben apreciarse para que una entidad sea considerada poder adjudicador: “A tal fin, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, según el cual se considerarán poderes adjudicadores *“Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”*. (...)

La circunstancia verdaderamente relevante, tal como se ha significado anteriormente, para la consideración o no de una entidad como poder adjudicador es su creación para satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil. (...) Dicho concepto *“necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”* que utiliza

la Ley de Contratos del Sector Público está tomado de las Directivas europeas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (1993/37 y 2004/18) y ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas ocasiones (entre otras, sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00...), señalando que son aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate. “

Habida cuenta de los criterios mencionados y aplicados para determinar la concurrencia o no de la condición de poder adjudicador en los entes, entidades y organismos correspondientes, procede examinar si las necesidades de interés general que La Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A está llamada a satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil, en el bien entendido de que el carácter industrial o mercantil se predica no de las actuaciones mediante las cuales se satisfacen las necesidades, sino de las propias necesidades para cuya consecución o satisfacción se crea la entidad.

A tales efectos, resulta imprescindible, siguiendo la jurisprudencia europea, atender a su objeto social, dado que será el indicador de las necesidades para cuya consecución se constituyó la Sociedad; en este sentido, el objeto social definido en el artículo 2 de sus Estatutos sociales, es el siguiente: “Organizar y promover todo tipo de actividades deportivas, construir y promover instalaciones deportivas, gestionar la red de instalaciones deportivas municipales, gestión de uso de otras instalaciones públicas o privadas, promoción y mantenimiento de escuelas deportivas y su administración, ofrecer

el asociacionismo deportivo de la Ciudad, facilitar a todos los ciudadanos y grupos sociales la práctica del deporte, impulsar las asociaciones deportivas, promover actividades deportivas de competición y espectáculo al más alto nivel, impulsar las actividades para la enseñanza y práctica de la educación física en la actividad escolar, promocionar la ciudad de Logroño a nivel internacional” entre otras actividades.

A la vista del precepto que acaba de transcribirse parcialmente, puede concluirse que Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no son de carácter industrial y mercantil, en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Su actividad está centrada en la prestación de servicios y de promoción de la actividad deportiva, servicios que están vinculados a potestades públicas (artículo 25.2 m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local, actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo). Si bien existirá concurrencia con empresas privadas en algunas de sus actividades, otras serán exclusivamente prestadas por la Sociedad.

Los precios de los bienes y servicios de la Sociedad no se fijan atendiendo a las leyes de la oferta y la demanda. Las fuentes de financiación de la Sociedad nos se circunscriben a los recursos propios de la misma y, de forma principal, a los ingresos derivados de la prestación de servicios.

Por lo anterior, se concluye que la entidad mercantil Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A que ostenta la condición de poder adjudicador, lo que determina que los contratos celebrados por esta sociedad podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. Tratándose de un contrato de gestión de servicios que pretende concertar una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador, se plantea si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 40 TRLCSP para poder considerar el acto impugnado susceptible del recurso especial en materia de contratación.

Suscita dudas que dicho acto sea recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 c) del TRLCSP, conforme al cual serán susceptibles de recurso especial en materia de

contratación los actos referidos a contratos celebrados por Administraciones Públicas que ostenten la condición de poder adjudicador:

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 superior a cinco años.

En la resolución de este Tribunal número 262/2012 ya se examinaron los requisitos para calificar un contrato como de gestión de servicio público, y que se aplican ahora a éste para su valoración. Esta gestión integral ha sido declarada expresamente el objeto del contrato. Los particulares destinatarios del servicio abonarán un precio público como contraprestación por el servicio, fijado previamente. El contrato se celebrará por quien reúne la condición de poder adjudicador.

Ahora bien, el elemento relevante para llegar a la conclusión de que el acto objeto de impugnación se refiere a un contrato de gestión de servicio público en la interpretación que del mismo se ha llevado a cabo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la asunción del riesgo por parte del concesionario. Precisamente por ello, el Tribunal debe ponderar si la calificación del contrato del cual trae causa el acto recurrido, es o no correcta con independencia del *nomen iuris* empleado por el órgano de contratación, pues de ello dependerá la admisión del recurso.

La asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica la condición de concesión de servicios, siendo consecuencias de ella la utilización de éstos por los particulares y el mayor o menor grado de participación del concesionario en la organización del servicio.

En el caso que nos ocupa, la cláusula quinta número cinco del PCAP señala que el contrato se celebra a riesgo y ventura del contratista, pero lo que no queda claro es que el riesgo se asuma por el contratista pues si bien percibe como contraprestación las cantidades abonadas por los usuarios en función, obviamente, del grado de utilización del servicio, debe ingresarlo en la cuenta que se le facilite por el licitador, y no consta que el precio que se abona al adjudicatario varíe en función de la mayor o menor afluencia de los ciudadanos al disfrute del servicio (cláusula octava del PPT).

Por todo ello, consideramos que el contrato no ha sido correctamente calificado como contrato de gestión de servicio público, al no asumir el contratista el riesgo del negocio y percibir la retribución a tanto alzado mensual, según la periodicidad de servicios que presta y que se han fijado en el PPT.

Llegados a este punto, la conclusión es evidente: la admisión del recurso especial frente a un acto relativo a un contrato de gestión de servicio público ya no se encuentra condicionada a que concurren los dos requisitos que establece el artículo 40.2 c) del TRLCSP sino a la letra b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros, y al ser las prestaciones sujetas a licitación variadas y su importe superior a 200.000€ cabe el recurso especial.

Sexto. El fondo del asunto se contrae a determinar si la fórmula matemática para el cálculo de la oferta económica es o no un requisito imprescindible que deba constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o si por el contrario su omisión no constituye un vicio insubsanable que permita fundar la resolución de desistimiento.

El órgano de contratación en su informe considera que la omisión de la fórmula en el pliego, no obstante la comunicación a todos los licitadores participantes de la que se iba a emplear con carácter previo a la apertura de las ofertas económicas, es un vicio de procedimiento que impide que los licitadores puedan efectuar su oferta conociéndola de antemano.

El recurrente sin embargo estima que no se trata de un vicio insubsanable y que la resolución de desistimiento incurre en desviación de poder.

El artículo 155.4º del TRLCSP determina que desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Por ello para conocer si la aplicación de este artículo es adecuada hay que recurrir al artículo 150.2º que señala que los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio,

en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. Y añade que en la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en dos informes sobre las fórmulas para valorar el precio, aunque referidos a la legislación anterior, en el número 8/97, de 20 de marzo de 1997. "Método o fórmulas para valorar el precio como criterio de selección de ofertas en el concurso": *"Del precepto que ha quedado transcrito se deduce la conclusión de que los criterios para adjudicar el concurso, entre los que puede, y normalmente debe, figurar el precio, han de ser objetivos y figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la ponderación que se les atribuya (...). Sin embargo, en el presente caso, no debe olvidarse que dicha fórmula no ha figurado en el pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso, sino que se ha comunicado a las empresas como respuesta a una consulta sobre información de los pliegos, lo que, a juicio de esta Junta contradice, no sólo el espíritu y finalidad del artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas e incluso su tenor literal, ya que la fórmula reseñada es una ponderación del criterio del precio, sino fundamentalmente el contenido del pliego que, al mencionar simplemente, como criterio de adjudicación, el importe de la oferta con una ponderación del 35%, no permite la aplicación de criterios de las que puede resultar una valoración superior de ofertas de precio inferior, por lo que se estima que, en este caso concreto, resultan ajustadas al contenido del pliego todas aquellas fórmulas que atribuyan a la menor oferta económica mayor puntuación y a la mayor menor puntuación, admitiéndose, en consecuencia, cualquiera de las que se consignan en el escrito de consulta. "*

Y en el informe número 28/95, de 24 de octubre de 1995. "Interpretación y aplicación que debe darse a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, referido a los criterios para la adjudicación del concurso" que especifica: *"La tercera cuestión que se suscita es la de si los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben recoger el método de valoración de cada uno de los criterios de adjudicación señalados y si la Ley limita en algún sentido el método de valoración que*

deba emplearse (...). Por ello se entiende que el cumplimiento del artículo 87.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien exige que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se indiquen los criterios de adjudicación, por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, tal obligación no se extiende a los métodos de valoración (...)”

Como se ha expuesto el artículo 150.2º expone que se dará preponderancia a los criterios de adjudicación que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, y que estos criterios han de figurar en el pliego, y este criterio se reitera en el artículo 67.2º i) del Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De acuerdo con estos preceptos y la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa será preciso establecer en el pliego una fórmula matemática concreta, o explicación escrita para su forma de determinación, siendo admisibles aquellas que sean acordes al criterio de adjudicación establecido en el pliego.

La fórmula matemática debe figurar en el pliego y resultar accesible a todos los eventuales licitadores y no sólo aquellos que participaron en la licitación, como se ha efectuado en este supuesto, comunicándolo con carácter previo a la apertura de la oferta económica. Por ello, la infracción que se ha tomado como base para la resolución de desistimiento se considera una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato.

Séptimo. Con relación a la alegada desviación de poder, la jurisprudencia ha examinado en numerosas ocasiones los requisitos para el reconocimiento de la existencia de la desviación de poder, entre otras se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 2008, cuyo fundamento de derecho cuarto resume: “ *CUARTO. La desviación de poder, según señala la sentencia de 30 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8343) , con referencia a la de 13 de junio de 2000 (RJ 2000, 4776) , "como vicio constitucionalmente conectado con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los*

finés que la justifican, es considerada por la Ley como motivo de nulidad de los actos administrativos".

La desviación de poder, como infracción del ordenamiento jurídico (art. 70.2 LJCA [RCL 1998, 1741]), supone, según la jurisprudencia, la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, de ahí que sea preciso examinar cada caso concreto, debiéndose demostrar por quien la invoca que el acto impugnado, ajustado a la legalidad extrínseca, no responde en su motivación interior al sentido teleológico de la actividad administrativa, y teniendo en cuenta que, ante la presunción de legalidad del acto, no basta con meras conjeturas o sospechas, debiéndose aportar los datos suficientes para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia. Todo ello sin se pueda confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto.

La jurisprudencia (Ss. 23-6-2003 [RJ 2003, 4588] , 15-6-2005 [RJ 2005, 9373]) viene señalando como notas características:

-El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la ley.

-La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 (RJ 1983, 4834) y 3 de febrero de 1984 (RJ 1984, 613) .

-Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica con tales elementos

reglados del acto, para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma.

-En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código Civil (LEG 1889, 27) , con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código Civil se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la Sentencia de 10 de octubre de 1987 (RJ 1987, 8334) .

Tal prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el artículo 1.214 del Código Civil puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal, pues hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.”

En el supuesto que nos ocupa, no se aprecia la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, pues no sólo no se ha desarrollado una mínima actividad probatoria por aquel sobre el que pesa la carga, esto es el recurrente, sino que en este caso, más bien al contrario, se solicitó un informe jurídico por estimar que se trataba de una cuestión jurídicamente controvertida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. G.G.L. en representación de OCIO SPORT RIOJA S.A contra la resolución de 30 de enero de 2013 del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Logroño Deporte S.A de desistimiento del procedimiento de licitación relativo a “*Gestión Integral del Polideportivo Municipal Las Gaunas*”.

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 47.5º 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 Rioja, 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.