

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 17 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don G.G.D., en nombre y representación de Grupo Manserco, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, por el que se adjudica el contrato de “Explotación de la cafetería del Auditorio Municipal”, número de expediente: 2016002, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de fecha 28 de noviembre de 2016. Como presupuesto base de licitación aparece el importe neto de 56.324,40 euros. No consta valor estimado.

Segundo.- El contrato se califica en el PCAP como administrativo especial y se clasifica en la categoría 17 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con el código CPV 55330000-2.

El Acuerdo adoptado por la mesa de contratación del Ayuntamiento en fecha 24 de marzo de 2017, disponía:

“De la documentación aportada por el licitador y, en concreto, del escrito de disposición de medios para acreditar la solvencia técnica profesional y financiera suscrito por D^a. R.C.A. actuando en su propio nombre y representación y, además, en nombre y representación de Choco Bremen S.L. y Grupo Miunda S.L. por el que las dos primeras ponen a disposición de Grupo Miunda S.L. la totalidad de los medios personales, materiales y económicos antes relacionados a los efectos de tener por acreditada la solvencia económica/financiera y técnico y profesional, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP, exigida para la ejecución de ese contrato se desprende, siguiendo los criterios mantenidos por el Tribunal Superior de Justicia Europeo y a los que hace referencia, entre otros, el informe 29/2008 de la Junta Consultiva de Aragón que concluye manifestando que ‘la integración de la solvencia con medios externos’ debe interpretarse de acuerdo con la Directiva 2004/18/UE ya la jurisprudencia comunitaria y por lo tanto hay que concluir que resulta admisible que un licitador utilice medios de otras entidades para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica o financiera. Cualquiera de los medios de acreditar la solvencia son susceptibles de ser integrados con la capacidad de otra entidad distinta al licitador, siempre que quede acreditado que dispondrá de los mismos si resulta adjudicatario del contrato. Con dicha documentación, procede adjudicar el contrato a favor de Grupo Miunda por corresponder con la exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares, según lo indicado anteriormente”.

Tercero.- Con fecha 21 de abril de 2017, se ha recibido en este Tribunal escrito de don G.G.D., en nombre y representación de Grupo Manserco, S.L., formulando recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, de fecha 24 de marzo de 2017, por la que se adjudica el contrato de referencia.

El recurso alega, la nulidad del acuerdo de adjudicación por vulneración de la regulación legal relativa a la acreditación de la solvencia del licitador con medios externos y finaliza solicitando:

“1. Declarar el incumplimiento de acreditación en el proceso de adjudicación de las exigencias de solvencia técnica, profesional, material y financiera por parte de GRUPO MIUNDA S.L.

2. En consecuencia, declarar nulo el acto administrativo de adjudicación del contrato administrativo especial de Cafetería del Auditorio Municipal realizada por Ayuntamiento de Las Rozas, en el expediente núm. 2016002, a favor de la empresa a GRUPO MIUNDA S.L.

3. Y acordar la adjudicación del contrato administrativo especial de Cafetería del Auditorio Municipal del Ayuntamiento de Las Rozas, expediente núm. 2016002, a la empresa GRUPO MANSERCO, S.L.”.

El Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid remitió a este Tribunal copia del expediente de contratación el 5 de mayo, acompañado del informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia de recurso especial en materia de contratación ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre, tiene la calificación de contrato administrativo especial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP como susceptibles del recurso especial en materia de contratación. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado tanto en el anuncio de licitación como en el PCAP como contrato administrativo especial, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso

especial. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE.

Una inadecuada calificación-tipificación contractual por el órgano de contratación, no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

Para que conforme al artículo 19 del TRLCSP nos encontremos ante un contrato administrativo especial debemos descartar primero que se trate de un contrato privado y que el negocio se pueda incluir como un contrato del sector público tipificado decidiendo sobre su carácter patrimonial o contractual y, en este segundo caso, por las diferentes tipificaciones contractuales.

Ha sido doctrinal y jurisprudencialmente muy debatida la naturaleza de los contratos análogos al ahora analizado, es decir cuando conllevan prestaciones de hacer y utilización del patrimonio público. La complejidad de esta cuestión se manifiesta en las diferentes calificaciones otorgadas por los órganos de contratación, por los órganos consultivos y los pronunciamientos de los órganos encargados de la resolución del recuso especial acerca de negocios jurídicos similares. De hecho el Ayuntamiento invoca determinadas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las que se inadmite el recurso formulado en base a la calificación como contrato administrativo especial. También cabe citar que este Tribunal se pronunció sobre un supuesto similar en la Resolución 49/2017, de 15 de febrero, en un recurso formulado contra el PCAP de un contrato denominado “Concesión del uso privativo de los espacios sanitarios de las instalaciones deportivas en Ciudad Deportiva Príncipe Felipe de Arganda del Rey”, cuya argumentación cabe traer al supuesto que nos ocupa.

En primer lugar conviene analizar la posible exclusión del ámbito de aplicación del TRLCSP. El artículo 4.o), excluye las *“autorizaciones o concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes*

patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7 [concesiones de obras], que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”.

Y el apartado p) del citado artículo 4: *“los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociable y propiedades incorporeales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (...)”.*

Las autorizaciones y concesiones demaniales están excluidas de la legislación de contratos del sector público. No lo están las concesiones de obras aunque recaigan sobre dominio público. El artículo no contiene una referencia a las concesiones de servicios, por no estar regulada esta figura en el TRLCSP ni en el derecho europeo en el momento de su redacción.

El artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), permite la ocupación de espacios en edificios administrativos y el 90, relativo a autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados o adscritos, dispone: *“El ministro titular del departamento o el presidente o director del organismo que tuviese afectados o adscritos bienes del Patrimonio del Estado, podrá autorizar su uso por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas para el cumplimiento esporádico o temporal de fines o funciones públicas, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por cuatro años, prorrogables por igual plazo”.* La LPAP es de aplicación supletoria a las Entidades locales, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Final Segunda de la LPAP.

La autorización demanial se viene utilizando como figura jurídica que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios en inmuebles administrativos para dar servicios dirigidos a sus empleados o al personal visitante,

citando como ejemplos las cafeterías, cajeros automáticos, oficinas postales, para la instalación y explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas u otros análogos. Cuando la ocupación es accesoria a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación éste será el título habilitante y por tanto no será necesario someterse a este procedimiento de adjudicación, según establece la misma LPAP.

Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.

Como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio.

Habrá que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. La legislación contractual y la legislación patrimonial recogidas en el TRLCSP y LPAP respectivamente, contemplan cada una supuestos diferentes de actividad administrativa, de modo que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. El primero (el contrato) atenderá a la obtención de una finalidad pública prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), y en el segundo (concesión patrimonial) prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiera de la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido. Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por

la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual.

El considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE señala que no sería contractual la autorización para llevar a cabo una actividad económica con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada que por lo general se conceden a iniciativa del operador económico en los que este queda libre de renunciar a la prestación del servicio. Al contrario, será contractual cuando la autorización se realice a iniciativa del poder adjudicador siendo parte del contenido obligacional la ejecución de servicios específicos en las condiciones determinadas por el poder adjudicador que son exigibles al adjudicatario.

Sobre la base de estos criterios, sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el particular o usuario. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato. La calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.

La propuesta de contratación del expediente analizado justifica la necesidad de la contratación en que el Ayuntamiento pone a disposición del contratista la cafetería del auditorio municipal con el equipamiento existente y el estado de funcionamiento en que se encuentra dado que se considera de interés para los usuarios y trabajadores de dicho edificio (con unos 5.000 alumnos, 113 trabajadores y una actividad de 200 actividades al año con una capacidad de 600 personas).

Debido a que gran parte de los usuarios son menores, gran número de acompañantes deben permanecer en las instalaciones durante el transcurso de la actividad por lo que hace falta un servicio de cafetería y restauración de alta calidad que dé respuesta a las demandas de los usuarios, acompañantes y empleados del centro.

No se trata solamente de autorizar el uso privativo del espacio, para que éste sea utilizado por el adjudicatario en su propio provecho, realizando una actividad económica, sino que lo que pretende el Ayuntamiento es asumir la titularidad de la actividad a la que no es ajena, regulando para ello el ejercicio mismo de la actividad a desarrollar en sus locales de manera que el PPT regula las condiciones en que se ha de prestar como el horario en que se debe abrir, prohibición de apertura en los días que el local esté cerrado, limpieza de las instalaciones, plantilla mínima, servicios que debe ofrecer (desayunos, menú diario, rotación del menú) o la prohibición de elaborar productos o servicios que tengan por objeto prestar una actividad externa y ajena a las necesidades de la concejalía de Educación y Cultura.

Es decir, el Ayuntamiento, con esta contratación, no procura solo la rentabilidad económica mediante la ocupación del espacio disponible en las instalaciones del auditorio, sino que considera fundamental fijar unas condiciones mínimas en las que se ha de prestar el servicio a los usuarios. Aunque el destinatario final de los servicios de restauración que se presten en las instalaciones que se ceden son los usuarios que libremente decidan acceder a las mismas, el beneficiario del servicio es el propio Ayuntamiento que trata de obtener un mejor servicio público en general y educativo o de ocio en particular.

El considerando 15 de la Directiva 2014/23/UE, excluye del concepto “concesión” el derecho a explotar recursos de carácter público en que el poder adjudicador establece únicamente condiciones generales de uso sin contratar servicios específicos, como el caso de arrendamientos que solo contienen condiciones sobre la toma de posesión, uso al que debe destinarse, obligaciones de mantenimiento, devolución del bien al propietario, cuantía del alquiler y los gastos

accesorios que debe abonar el arrendatario.

Una vez descartado el carácter patrimonial debemos analizar el tipo contractual que más se adecua a lo regulado en los pliegos y comprobar en primer lugar si es correcta la calificación como contrato administrativo especial.

Previamente hemos de advertir que la delimitación de los tipos contractuales, la calificación de los contratos y el objeto del recurso especial en materia de contratación, además de la regulación del TRLCSP, a fecha de hoy, viene condicionada por las definiciones que hacen las Directivas 2014/23/UE de concesiones, y 2014/24/UE, de contratación pública. La consecuencia jurídica derivada del incumplimiento del plazo de transposición (18 de abril de 2016) se concreta en la aplicación de las directivas en virtud del efecto directo, en la legislación nacional con preferencia a cualquier norma interna que las contradiga, como consecuencia de la primacía del derecho de la Unión. Además la interpretación de la norma nacional ha de hacerse a la luz de las nuevas directivas cuando no sea incompatible con ellas, en virtud de la obligación de interpretación conforme.

Las definiciones de los tipos contractuales son preceptos claros, precisos e incondicionados, de manera que a partir del 18 de abril de 2016 los tipos contractuales del TRLCSP han de interpretarse cuando sea posible conforme a las directivas, y cuando se opongan las categorías se verán desplazadas (véase el documento de estudio presentado y aprobado por los tribunales de contratación pública el 1 de marzo de 2016, denominado *“Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”*). Este efecto es especialmente relevante en cuanto se ha de tener en cuenta la nueva definición expansiva del contrato de servicios y la positivización del tipo contractual de concesión de servicios, que suponen la reducción del ámbito de los contratos administrativos especiales y el desplazamiento de la categoría gestión de servicios públicos en su modalidad concesional.

Es preciso analizar las distintas posibilidades para determinar la verdadera naturaleza del tipo contractual.

De acuerdo con el artículo 19.b del TRLCSP *“Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, 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 aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.”*

Se trata de una definición de carácter eminentemente negativo puesto que el concepto de contrato administrativo especial se establece por contraposición al resto de contratos que podríamos denominar típicos (contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios), por tanto, debemos descartar la posibilidad de inclusión en alguno de los otros tipos contractuales regulados en las directivas y en el TRLCSP. El carácter residual del contrato administrativo especial deviene de la función determinante del objeto contractual que viene resumida en los códigos CPV. Tal como afirma Alfonso Ruiz de Castañeda de la Llave en el artículo *“La nomenclatura CPV”*, publicado en la página web del Observatorio de Contratación Pública, el código CPV contribuye a resolver los problemas prácticos que plantea el tipo y aplicación de los contratos administrativos especiales. La correcta determinación del tipo de contrato aplicable de entre los contratos típicos resulta de la enumeración de actividades enumeradas en los anexos I y II del TRLCSP por sus respectivos códigos CPV. Por parecer evidente procede descartar figuras como el contrato de obras, suministro o colaboración público privada y centrarnos en los contratos de servicios.

Hasta la finalización del plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE, el elemento caracterizador de la definición del contrato de servicios, había que encontrarlo en la referencia que hace a las categorías recogidas en el Anexo II de la

Ley, pues, al hacerlo, vincula directamente el objeto del contrato de servicios con el desarrollo de alguna de las actividades contempladas en dicho Anexo, a su vez desarrolladas por la remisión que en él se hace a los diferentes números de referencia CPC y CPV. En consecuencia, conforme al TRLCSP debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en que intervenga una Administración Pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en su Anexo II y por el contrario donde exista tal relación jurídica no subsumible en ninguna de las actividades del Anexo II podríamos estar en presencia de un contrato administrativo especial. La nueva definición del contrato de servicios contenida en el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE ya no enumera una relación de prestaciones que puedan integrarse como servicios.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, vigente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, venía calificando como contratos administrativos especiales, fundamentalmente a aquellos en los que la actividad a desarrollar por la empresa adjudicataria constituía una actividad relacionada con el giro o tráfico de la entidad contratante cuando la misma no se dirige directamente a la Administración sino a un tercero, el usuario, y además la retribución del contratista proviene no de la propia Administración, sino de los precios que satisfacen los usuarios, unido a la asunción por el contratista el riesgo en la prestación del servicio. Asumiendo el contratista el riesgo del contrato y no siendo posible su calificación como gestión de servicio público, por no ser un servicio encomendado a una administración, concluye que lo adecuado es calificarlo como administrativo especial. En el Informe 42/01, de 30 de enero de 2002, concluye que el contrato para explotación de máquinas fotocopiadoras en la Universidad es administrativo especial porque se detallan obligaciones del concesionario impropias de la ocupación o concesión demanial. En su Informe 67/1999, de 6 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa concluye:

“1º. Que reiterando criterios anteriores los servicios de cafetería y comedor, televisión y teléfono en habitaciones deben configurarse como contratos administrativos especiales cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2º. Que la explotación de cabinas telefónicas, máquinas expendedoras de sólidos y líquidos, cajeros automáticos y locales deben considerarse supuestos de ocupación demanial que no se rigen por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino por las normas patrimoniales aplicables a la Seguridad Social, sin perjuicio de los suministros que puedan constituir prestación accesoria de un contrato administrativo especial.”

Esta calificación fue modificada al considerar que la redacción del artículo 10 del TRLCSP había venido a ampliar el concepto del contrato de servicios en relación con la legislación anterior, de tal manera que englobaría supuestos que con anterioridad se venían calificando como gestión de servicios públicos o como administrativos especiales. El Informe de la JCCA de Aragón, 19/2008, de 4 de septiembre, consideraba que los contratos de bares, cafeterías y restaurantes tienen cabida en la categoría 17 “servicios de hostelería y restaurante” del anexo II del TRLCSP y por ello se califican como servicios. El Informe de la JCCA de Aragón 19/2011, de 6 de julio, califica un contrato para la instalación de televisiones en las habitaciones de centros hospitalarios como contrato de servicios. Igualmente considera contrato de servicios el de cafetería en el Acuerdo 18/2013. En el Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón concluye que el contrato de bar y cafetería es calificable como de servicios. Y los califica así con independencia del régimen económico del contrato. Cabe recordar que el contrato que estamos analizando se rige por un PCAP que, a pesar de tipificar el contrato como administrativo especial, indica que se encuentra incluido en el anexo II del TRLCSP, en la categoría 17 por pertenecer al código CPV 55330000-2 servicios de cafetería.

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 36/2012, de 7 de mayo de 2013, haciéndose eco de esta evolución, ya vigente el TRLCSP, considera que para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios deberemos analizar previamente si su objeto tiene encaje en alguna de las actividades cuyos código CPC y CPV se enumeran bajo las categorías 1 a 26 del Anexo II del TRLCSP.

Por tanto, en una primera aproximación permitirían al órgano de contratación incluir el contrato en la definición del contrato de servicios de los descritos en el artículo 2.1.9) de la Directiva 2014/24/UE. Se trata de una prestación de hacer consistente en la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro incluida en una de las categorías que el anexo II del TRLCSP califica como contratos de servicios.

Sin embargo, existen otros elementos que inducen a desechar este tipo contractual. En primer lugar, no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que éste presta (será el adjudicatario el que pagará un canon al Ayuntamiento), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio de cafetería y restauración a instalar en el auditorio municipal con las prestaciones, horarios y condiciones exigidas en el PPT que constituye el objeto contractual principal, es decir, de los precios que le paguen los usuarios, acompañantes, trabajadores y asistentes a las actividades que se celebren en dicho auditorio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista, al contrario, la remuneración del contratista queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio. El precio en los contratos de servicios consiste en el derecho a percibir una contraprestación económica. El precio de las concesiones de servicios es el derecho de explotar el mismo con los fines mencionados en el pliego.

Es cierto que determinados órganos se han pronunciado por la calificación de los negocios que implican cesión de dominio público para la instalación de cafetería como contratos de servicios, pero tal calificación jurídica por la Junta Consultiva del Estado se hacía al amparo de la regulación de las modalidades contractuales contenida en el TRLCSP y en la Directiva 2004/18/CEE, no estando regulada la concesión de servicios como tipo contractual. Sin embargo, la delimitación conceptual de los contratos públicos ha variado sustancialmente con la Directiva

2014/24/UE, que da nueva definición de los contratos de servicios ampliando su contenido, y con la Directiva 2014/23, que define y regula los contratos de concesión de obras y servicios.

Descartada por los motivos mencionados la calificación de contrato de servicios, procede comprobar si la traslación del riesgo operativo al contratista permite la calificación del contrato como concesión de servicios.

Las obligaciones y derechos del contrato analizado pueden encajar en la definición de la concesión de servicios que realiza la Directiva 2014/23/UE *“contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.”* Según explica el considerando 11 de la mencionada directiva estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadoras pero estas siempre obtienen los beneficios derivados del servicio.

Debe recordarse que las dos notas citadas en el párrafo anterior (contraprestación no consistente en un precio sino en el derecho a explotar un servicio y transferencia del riesgo) son precisamente las que la jurisprudencia europea ha considerado típicas de las concesiones de servicios, tipo contractual actualmente regulado en la Directiva 2014/23/UE, e incluido dentro del ámbito de la Directiva 89/665, de recursos, en virtud de la modificación del ámbito material de la misma contenida en el artículo 46 de la citada Directiva 2014/23/UE. Consecuentemente, en virtud del efecto directo, el ámbito objetivo del recurso especial se ha visto ampliado a dichos contratos.

La exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio, parece darse en este caso, dado que se puede

existe riesgo de demanda (el servicio no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones ni para los acompañantes), tienen que mantener un mínimo de personal de 6 operarios (cocineros y camareros), servicios de menú obligatorios de ofrecer a determinado precio, limitación de horarios, riesgo de insolvencia o impagos de los usuarios, cuenta con un cifra incierta de potenciales clientes, no están garantizados ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas que no garantizan la inversión a realizar o los pagos periódicos y el adjudicatario no puede renunciar a la prestación del servicio, el cual está obligado a realizar en las condiciones contratadas durante todo el tiempo de vigencia del contrato aunque no le resulte rentable, no pudiendo renunciar en caso de pérdidas, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista.

La Resolución 16/2014, de 11 de febrero, del suplente del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, en relación a un contrato de servicio de instalación y explotación del máquinas expendedoras de alimentos en centros y dependencias del campus de Vizcaya, argumenta que descartada la calificación del contrato como de servicios, las notas de contraprestación no consistente en un precio, sino en el derecho de explotar un servicio y transferencia del riesgo son las que la jurisprudencia europea ha considerado típicas de las concesiones de servicios, categoría entonces (febrero de 2014) excluida del ámbito de aplicación de las directivas vigentes sobre contratación pública (directiva 2004/18/CE) y en particular de la Directiva 89/665, en virtud de la cual se incorporan los artículos 40 y siguientes del TRLCSP sobre el recurso especial en materia de contratación. Esta salvedad temporal ha decaído, como hemos señalado, en el momento en que la doctrina jurisprudencial de las concesiones de servicios se ha positivado en la Directiva 2014/23/UE y el efecto directo hace aplicable la misma en el ordenamiento interno español desde el 18 de abril de 2016.

La consecuencia es, que asumiendo el contratista el riesgo operativo del contrato, la calificación adecuada, en el caso que nos ocupa, será la de contrato de concesión de servicios.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal considera que el contrato debió ser calificado como de concesión de servicios, por lo que será susceptible del recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP cuando esté comprendido en los umbrales del artículo 8 de la Directiva 2014/24/UE, es decir, valor estimado superior a 5.225.000 euros.

Consecuente con esta calificación, debemos analizar el valor estimado del contrato en cuanto que determina elementos esenciales del contrato como su régimen jurídico, publicidad, solvencia, y en relación al recurso presentado la competencia del Tribunal para su resolución.

En la preparación del contrato la estimación correcta de los conceptos económicos (presupuesto de licitación, valor estimado y precio) es fundamental, y entre ellos tiene que existir una relación de concordancia o proporcionalidad, que permita a los licitadores conocer las condiciones económicas del mismo. Además, estas cantidades tienen que quedar plasmadas con claridad en los pliegos y en el resto de la documentación que integra el expediente de contratación.

A efectos de determinar el valor estimado de las concesiones de servicios resulta de aplicación la previsión del artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, y en particular el apartado 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”*.

No es posible, por tanto, considerar que en este tipo de contratos el valor estimado sea cero o negativo, aunque el precio a satisfacer por el ente contratante sí lo pueda ser. En consecuencia, a efectos de publicidad, procedimientos de adjudicación, solvencia del empresario y recursos contractuales, debe aplicarse, para el cálculo del valor estimado del contrato el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE y dicha aplicación debe realizarse atendiendo al peculiar sistema de

retribución previsto para este contrato, consistente, no en un pago por parte de la administración contratante, sino en la asignación de un derecho de explotación del servicio, obteniendo el contratista los ingresos de los usuarios del servicio. Como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2012, de 20 de noviembre, relativo a la instalación de bares-cafeterías, *“el valor total del negocio de cafetería objeto de explotación de acuerdo con el contrato (para lo cual puede utilizarse la estimación de ingresos a obtener de acuerdo con los precios previstos), por el período de tiempo de que es objeto, incluyendo las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (agua y luz) e incluyendo las modificaciones previstas de acuerdo con el pliego.”* Igualmente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 13/2014, de 7 de mayo, en relación al valor estimado de los servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares, concluye que la determinación del valor estimado debe realizarse sobre la base del previsible volumen de negocio durante el plazo total, incluidas las prórrogas y posibles modificaciones con independencia de quien lo abone.

Consta en el expediente un estudio económico de la cafetería del auditorio municipal que cuantifica unos ingresos anuales de 277.854,80 euros, que multiplicado por los cuatro años de duración del contrato más dos de posible prórroga supone 1.167.110,8 euros, a los que habría que adicionar las aportaciones que pueda hacer la Administración contratante en forma de asunción de gastos de funcionamiento (local, agua y luz) que no se cuantifican, pero en cualquier caso con una distancia muy importante y alejada respecto del umbral de 5.225.000 que establece la directiva para sometimiento a la misma y en consecuencia posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

Tal como ha señalado este Tribunal en diversas resoluciones entre las que cabe señalar la 118/2016, 129/2016, 164/2016, 169/2016, 179/2016 y 214/2016, el concepto de concesión de servicios desplaza la categoría del contrato de gestión de servicios en la modalidad concesional, pero por aplicación de la prohibición del efecto vertical descendente si la concesión no alcanza el umbral comunitario del

artículo 8 de la Directiva 2014/24/UE sería susceptible del recurso especial en materia de contratación si supera los umbrales del artículo 40.1.c) (gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y plazo de duración superior a cinco años). En el caso que nos ocupa la duración máxima prevista será de 6 años pero no prevé gastos de primer establecimiento. Tampoco sería competente este Tribunal aplicando este artículo.

No obstante lo anterior, el artículo 40.5, segundo párrafo del TRLCSP, 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”*.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual *“el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, al órgano de contratación le corresponde determinar si procede admitir su tramitación como recurso de reposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 interpuesto por don G.G.D., en nombre y representación de Grupo Manserco, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Las Rozas de Madrid, por el que se adjudica el contrato de “Explotación de la cafetería del Auditorio Municipal”, número de expediente: 2016002, por incompetencia del Tribunal.

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.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 26 de abril.

Cuarto.- 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 de 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.