

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don P.R.C., en su propio nombre y derecho, contra el Acuerdo de 30 de julio de 2015, por el que se adjudica el contrato para la gestión y explotación de las instalaciones municipales denominadas VIPADEL, para la prestación de servicios de ocio, deportivos y de hostelería a los usuarios en el término municipal de Villaconejos, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 13 de julio de 2015, se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, del mencionado contrato. El objeto del contrato es la gestión y explotación de las instalaciones municipales denominadas “Vipadel” para la prestación de servicios de ocio, deportivos y de hostelería, mediante el cobro de una tarifa a los usuarios y el pago de un canon mensual al Ayuntamiento cuya cuantía mínima se fija en 1.000 euros mensuales, por plazo de diez años prorrogables por otros cinco.

A la licitación convocada se presentaron tres licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- El 13 de agosto de 2015, don P.R.C., presenta recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del contrato ante este Tribunal, que ese mismo día requirió al órgano de contratación para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), remitiera el expediente acompañado del informe preceptivo.

En el recurso se solicita que se anule la adjudicación efectuada por falta de acreditación de la solvencia del adjudicatario, irregularidades en la constitución de la fianza definitiva y por inadecuada valoración de los criterios de adjudicación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe remitido el 3 de septiembre de 2015, indica mediante informe del Interventor que adjunta que la cuantía del contrato teniendo en cuenta las inversiones iniciales por importe de 30.000 asciende a 150.000 euros, que es el resultado de multiplicar por 10 el canon anual de 12.000 euros y sumarle la inversión de 30.000 euros.

Debe dejarse constancia de que con fecha 3 de septiembre de 2015 ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del recurrente en el que afirma que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid sí es competente para conocer del recurso en función de su cuantía que considera que asciende a 222.180 euros (180.180 euros correspondientes al canon multiplicado por 12 anualidades + 42.000 que el Ayuntamiento dice que asciende el contrato firmado con la adjudicataria de la licitación).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procede en primer lugar determinar la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso.

El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato calificado como de gestión de servicios. Aunque en el anuncio de la licitación se indica “Anuncio-contratos de servicios adjudicar como procedimiento abierto (...)”, del contenido del PCAP se desprende su consideración como un contrato de gestión de servicios públicos, en concreto por ejemplo en su cláusula 34, en cuanto establece el régimen de recursos remitiéndose a la duración y a los gastos de primer establecimiento del contrato.

El adjudicatario deberá abonar un canon al Ayuntamiento de 1.000 euros mensuales durante los 10 años de duración del contrato, a la que debe añadirse el importe de la prórroga prevista de otros 5 años, tal y como dispone el artículo 88 del TRLCSP, estando previsto que el contratista deba realizar inversiones en equipamiento por valor de 30.000 euros.

El artículo 40.1.c) del TRLCSP dispone que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de gestión de servicios públicos con gastos de primer establecimiento superiores a 500.000 euros y una duración superior a 5 años.

Este Tribunal, al igual que el resto de los órganos encargados de la resolución del recurso especial, viene considerando, con el objeto de preservar el objeto útil del recurso que la calificación del contrato puede ser revisada al objeto únicamente de fijar su propia competencia como cuestión de orden público. Examinado el PCAP resulta que concurren los elementos precisos para considerar que el riesgo del negocio se traslada al adjudicatario, como exige a efectos de su calificación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras en Sentencia de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09 Privater Rettungsdienst. Puede traerse a colación a efectos interpretativos el artículo 5.1 b) de 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, cuando señala que “*La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un*

riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá 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.”

En este caso se aprecia que el contratista corre con el riesgo del negocio de explotación de la instalación Vipadel, sin que existan en el contrato elementos que atenúen o trasladen dicho riesgo al Ayuntamiento contratante.

Por lo tanto, dado que el contrato de gestión de servicios públicos no tiene gastos de primer establecimiento por importe superior a 500.000 euros, la adjudicación del mismo no es susceptible de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, por lo que procede inadmitir el presente recurso.

No puede tenerse en cuenta lo alegado por la recurrente en su escrito adicional al no considerar en este el umbral constituido por los gastos de primer establecimiento, sino el del precio del contrato.

Segundo.- 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 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de conformidad con el *cual “el error en 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 mayoría y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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 formulado por don P.R.C., en su propio nombre y derecho, contra el Acuerdo de 30 de julio de 2015 por el que se adjudica el contrato para la gestión y explotación de las instalaciones municipales denominadas VIPADEL para la prestación de servicios de ocio, deportivos y de hostelería a los usuarios en el término municipal de Villacañeros adoptado por el Ayuntamiento de Villacañeros, por ser un contrato no susceptible de recurso especial en materia de contratación al no alcanzar los umbrales previstos en el artículo 40.1 del TRLCSP.

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.- 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 TRLCSP.