

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

En Madrid, a 15 de febrero de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.M.A., en calidad de administrador de la empresa Apansalud Servicios Médicos, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la licitación denominada “concesión del uso privativo de los espacios sanitarios de las instalaciones deportivas en Ciudad Deportiva Príncipe Felipe de Arganda del Rey”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución de la Concejala de Hacienda, Régimen Interior e Igualdad, de 5 de diciembre 2016, se aprobó el expediente y la convocatoria para la adjudicación del contrato mencionado, mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación. El contrato se califica en el PCAP como administrativo especial. La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de fecha 21 de diciembre de 2016. No consta valor estimado ni CPV de las actividades objeto del contrato.

Segundo.- El 5 de enero de 2017 Apansalud Servicios Médicos, S.L. (Apansalud) presentó escrito de recurso contra el PCAP dirigido al Ayuntamiento de Arganda del Rey el cual lo remitió a este Tribunal el 10 de enero acompañado del informe a que se refiere 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 (en adelante TRLCSP).

El recurso alega, entre otras consideraciones imprecisas, que los servicios a prestar no definen los precios públicos por lo que no se puede establecer un plan de viabilidad, y que los servicios a prestar para servicios de titularidad pública no definen quién es el pagador de la atención, por lo que tampoco se puede establecer un plan de viabilidad

Tercero.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna.

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 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.

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 la 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 registrarán 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 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 edificios 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 obligatorio 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 con los espacios destinados a uso sanitario y de rehabilitación con que cuenta la instalación deportiva se prestará un servicio a los ciudadanos de Arganda del Rey y que la cesión conseguirá un ingreso en forma de canon que repercutirá en la mejora de los servicios ya prestados por el Área de Deportes, es decir, como una actividad complementaria de los servicios que se prestan en la ciudad Deportiva Príncipe Felipe. No es un mero arrendamiento de local de negocios en que el adjudicatario pueda desarrollar una actividad comercial libre, como por ejemplo, dedicarlo a tienda de ropa o clínica médica, sino que se exige necesariamente la dedicación a una actividad sanitaria y se concretan las ramas de actividad que obligatoriamente se han de desarrollar.

No se trata solamente de autorizar el uso privativo del espacio, para que éste sea utilizado por el adjudicatario en su propio provecho, 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, si bien es cierto, que de manera muy escueta y un poco confusa, regula las actividades que se deben prestar y los usuarios a los que va dirigido. Así, se incluyen entre las actividades de obligatoria prestación por el adjudicatario, los reconocimientos médicos sanitarios, programas de fisioterapia, programa de clubes deportivos, reconocimientos psicotécnicos, programa de nutrición, podología, formación de los trabajadores de las empresas adjudicatarias del servicio de piscinas de verano, formación del personal del Servicio de Deportes sobre medidas higiénico sanitarias en instalaciones deportivas o formación de los socorristas del servicios de Deportes. Es decir, el Ayuntamiento, con esta contratación, no procura solo la rentabilidad económica mediante la ocupación del espacio disponible en las instalaciones deportivas, 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 sanitarios 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 deportivo en particular. No es obstáculo a tal conclusión la parquedad de los pliegos que no especifican el modo de realizar la prestación ni la fijación de precios.

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 bienal 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. 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 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.

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, 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.

En este caso, existen varias notas que 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 servicios médicos, prestación de hacer consistente en la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro sin que sea limitativa la inclusión en un listado de categorías como el anexo II del TRLCSP.

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 sanitario a instalar en los locales con las prestaciones exigidas en el PPT que constituye el objeto contractual principal, es decir, de los precios que le paguen

los usuarios de dicho servicio. 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, a pesar de la deficiente redacción de los pliegos y de que en otra ocasión pudieran configurar el objeto de otra manera, 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 los locales que se ponen a su disposición con los fines sanitarios en el pliego mencionados.

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 el adjudicatario se puede enfrentar a la competencia con otros operadores (el servicio no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones deportivas ni para los inscritos en las escuelas deportivas), hay riesgo de insolvencia en 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 y el adjudicatario no puede renunciar a la prestación del servicio el cual está obligado a realizar aunque no le resulte rentable, 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 actualmente (febrero de 2014) excluida del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública 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 del contrato, la calificación adecuada será la de contrato de concesión de servicios.

De acuerdo con ello y con todo 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.

Resulta difícil de comprender cómo el órgano de contratación ha cuantificado el canon a abonar por el adjudicatario cuando no consta en el expediente ninguna

memoria económica ni estudio de viabilidad del contrato ni se ha cuantificado el importe previsible del negocio. Al parecer solo se ha tenido en cuenta un porcentaje del valor de adquisición de los locales como si de un arrendamiento se tratara. Solicitada al órgano de contratación cuantificación del volumen de negocio se ha recibido escrito en el que la estimación no alcanza el umbral de 5.225.000 euros que fija el artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE para considerar el contrato sujeto a la misma y en consecuencia susceptible de recurso especial en materia de contratación. En concreto se estima que para los cuatro años de duración de contrato el valor del negocio sería de 203.200 euros. Añadiendo los cuatro años de posible prórroga, el valor estimado del contrato sería de 406.400 euros, cuantía insuficiente para determinar la competencia del Tribunal.

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 J.M.A., en calidad de administrador de la empresa Apansalud Servicios Médicos, S.L., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación denominada “Concesión del uso privativo de los espacios sanitarios de las instalaciones deportivas en Ciudad Deportiva Príncipe Felipe de Arganda del Rey”, 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.- 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.