

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

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.S.I., en nombre y representación de Ingesport Health and Spa Consulting, S.L. (Ingesport), contra el Anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública “Redacción de proyecto, construcción y posterior explotación y mantenimiento de un centro deportivo en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 39/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16 y 18 de octubre de 2017, se publicó respectivamente en el BOE, el DOUE y la Plataforma de Contratación del Estado, el anuncio de licitación de la concesión de obra mencionada, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Consta en el anuncio que el presupuesto base de licitación asciende a un total de 1.800.000 euros.

Segundo.- El 2 de noviembre de 2017, la representación de Ingesport presentó ante el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio y

el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato mencionado, alegando los siguientes motivos:

En primer lugar, el error cometido en el anuncio de la licitación ya que no consigna el valor estimado del contrato.

En segundo lugar, que según los cálculos de la recurrente, este valor estimado asciende a la cantidad de 5.175.000 euros, por lo que el contrato no está sometido a regulación armonizada.

Y, finalmente, como tercer motivo, que el estudio de viabilidad elaborado carece de toda credibilidad, como ya puso de manifiesto la recurrente en el trámite de alegaciones al mismo, existiendo a su juicio, un déficit de inversión en el complejo deportivo de un 20% aproximadamente.

Tercero.- El 10 de noviembre de 2017, el órgano de contratación remitió copia del expediente y el informe correspondiente a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- La recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP ya que se trata de una entidad potencial licitadora con un interés en participar en el procedimiento en

las mejores condiciones.

Resulta acreditada igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra el anuncio y el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de concesión de obra pública sujeto, en principio, a regulación armonizada, por tanto susceptibles de recurso, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación fue publicado en el DOUE el día 18 de octubre de 2017, habiendo sido puestos los pliegos a disposición de los interesados en esa misma fecha, mediante su publicación en la Plataforma de Contratación del Estado, por lo que el recurso interpuesto el 2 de noviembre de 2017, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, en primer lugar se alega que *“en el anuncio de la licitación, se fija como valor del contrato (denominado Importe en el Anuncio) fuera el que aparece consignado (1.800.000,) Euros que se refiere al canon que como mínimo habrá de satisfacerse al Ayuntamiento en forma de obras de urbanización según lo establecido en la Cláusula Sexta del Pliego rector del concurso”*. Añade la recurrente que el valor que *“como mínimo habrá de atribuírsele al contrato a la vista de lo dispuesto en el Pliego y sus Anexos ascenderá a un total de 5.175.000 €, ya que estos contemplan una previsión inicial de gastos de primer establecimiento del Centro de Fitness y Spa de 3.375.000 € establecido en el Anexo II y de Urbanización de 1.800.000 €, establecido en el Anexo III del mismo Pliego en concepto de canon que habrá de satisfacerse al Ayuntamiento. Por consiguiente, la cifra asignada como valor estimado del contrato debiera ser corregida en el anuncio de licitación sustituyendo la de 1.800.000 euros por la de 5.175.000 euros”*.

El órgano de contratación en su informe reconoce respecto de esta cuestión que *“efectivamente se ha advertido error en el anuncio de licitación respecto a la cantidad del valor estimado del contrato, por lo que el mismo ha sido subsanado y se ha procedido a un nuevo envío del anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea, abriéndose nuevo plazo para la presentación de solicitudes. Consta en el expediente el anuncio enviado nuevamente para su publicación. Dicho error material se refería única y exclusivamente al importe recogido en el anuncio como valor estimado, y no suponía modificación alguna de los pliegos de condiciones económico-administrativas o del régimen jurídico de la concesión. Al tratarse de una mera rectificación de errores ha de acudir al artículo 75 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual ‘cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposición’”*.

Se comprueba que en la documentación del expediente consta un nuevo anuncio de licitación enviado al DOUE en el que se modifica el valor estimado de la concesión, estableciéndose en 102.206.986 euros.

En consecuencia, habiéndose corregido el error alegado por la recurrente en el anuncio, el motivo de recurso debe inadmitirse por haber sido satisfecha extraprocesalmente la pretensión.

Como segundo motivo, se argumenta que el valor estimado de la concesión asciende a 5.175.000 euros por lo que no se trataría de un procedimiento sometido a regulación armonizada.

Señala el órgano de contratación sobre esta cuestión que tanto en el anuncio de licitación como en los pliegos de condiciones que rigen la contratación, se establece, de forma clara e inequívoca, que se trata de un *“Contrato Sujeto a Regulación Armonizada”* porque *“conforme a lo establecido en el artículo 8 de la*

Directiva 2014/23/EU: ‘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’. Para el cálculo del valor de la concesión, y por tanto, para establecer el límite de aplicación de la Directiva y considerarlo sujeto a regulación armonizado, se tuvo en cuenta los ingresos previstos en el Estudio de Viabilidad previo a la licitación, y que ascendían a la cantidad de 102.206.986 euros, y no como erróneamente se señala en el recurso, la cantidad de 5.175.000 euros”.

Efectivamente, como indica el Ayuntamiento el valor de la concesión se ha de calcular teniendo en cuenta el volumen del negocio total de la concesionaria, generado durante la totalidad del contrato y no el coste de las instalaciones que es la cantidad que al parecer ha sido considerada por la recurrente.

En consecuencia, superando el valor estimado la cantidad de 5.225.000 euros, está sometido a regulación armonizada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.1 de la Directiva 2014/4/23 relativa a la adjudicación de los contratos de concesión.

Como último motivo de recurso se alega que el estudio de viabilidad elaborado no es correcto por las razones que ya expuso en trámite de alegaciones y que reproduce en el recurso.

Fundamentalmente se refiere al cálculo de la demanda, que considera es una cantidad excesiva. Además afirma que *“el total de inversión necesaria contemplada en el Estudio de Viabilidad para acometer el proyecto (página 40) es escaso para una instalación con el número de usuarios considerado y con un plazo de explotación de al menos 40 años.*

- *En relación con el presupuesto de construcción del complejo deportivo (páginas 15 y 40), con un coste estimado de 2,8 mill Euros (IVA excluido) y tomando*

como referencia el nivel medio de inversión de INGESPOT en centros con estas características (edificabilidad entre 4.500-5.200 m²), apreciamos un déficit entre 1,1 mill y 1,5 mill Euros.

• A lo anterior, habría que incorporar conceptos adicionales que no han sido contemplados en la inversión necesaria descrita en la página 40:

- a. Impuesto Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- b. Honorarios de Proyectos (básico y de ejecución) y de Dirección de Obra. (Arquitecto/Arquitecto técnico).

Por todo lo anterior, estimamos un déficit de inversión con lo requerido para un centro de estas características de aprox. un 20%”.

El órgano de contratación sostiene que “el estudio de viabilidad se encuadra dentro de los actos preparatorios del contrato de concesión de obra pública, concretamente en el artículo 128 del TRLCSP, que señala que con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma”.

Argumenta que de la lectura del artículo 40 del TRLCSP “se desprende que los actos preparatorios no son susceptibles de recurso, tan sólo lo son los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que rijan la contratación. El Estudio de viabilidad no puede considerarse incluido dentro de los actos objeto de recurso, al tratarse de un acto previo a la licitación en sí. Pero es que, a mayor abundamiento, la recurrente ya ha tenido oportunidad de alegar lo que considerara oportuno respecto al Estudio de viabilidad, puesto que con fecha 31 de julio de 2017 fue aprobado el mismo, sometiéndose a información pública por el plazo de un mes. Las alegaciones presentadas por la mercantil Ingesport fueron desestimadas mediante acuerdo de Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz de fecha 20 de septiembre de 2017, comunicándose en la forma legalmente prevista y señalando los recursos pertinentes. El Estudio de viabilidad fue aprobado de forma definitiva en el mismo acto”.

Debe señalarse que según el artículo 7 del TRLCSP, la concesión de obra pública es un contrato típico que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, definidor del contrato típico de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. La regulación de las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra se contiene en los artículos 128 y siguientes del TRLCSP.

El artículo 128 previene que con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma, estudio cuyo contenido se recoge en el mismo precepto y que abarca al menos, la finalidad y justificación de la obra, y definición de sus características esenciales; previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión; valoración de los datos e informes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico, estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo; justificación de la solución elegida, riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra, coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto, estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud.

Aunque, en principio, se trata de un acto preparatorio del contrato, y por tanto no sería susceptible de recurso, debe tenerse en cuenta que se refiere a la viabilidad económica financiera de la concesión en cuanto que contiene las cifras consideradas para calcular el volumen de negocio y la previsión de ingresos y gastos. Esto supone que por su contenido se ha de entender incorporado a los Pliegos y deba considerarse recurrible, pues al igual que el presupuesto o el precio del contrato en otras figuras contractuales, cuestiones evidentemente recurribles, se trata aquí de un documento que establece las condiciones esenciales de la

concesión y por tanto quedaría dentro de los supuestos del artículo 40.2 a) del TRLCSP.

Figura en el expediente administrativo el estudio de viabilidad aprobado y además un documento conteniendo los datos económicos estimativos referentes a la concesión. En ellos la cantidad considerada asciende a los 2,8 millones que expone la recurrente pero en su escrito de recurso no argumenta por qué debe considerarse insuficiente y qué datos utiliza para el cálculo que realiza de la inversión, por lo que no aporta evidencia del déficit de inversión alegado.

En cuanto al número de abonados, el estudio de viabilidad recoge que *“en total se detectan 7.272 potenciales de cualquier edad. Sin embargo, al ser un Centro Fitness con las connotaciones que eso conlleva, clientes realmente potenciales de nuestro servicio de abono deporte serán 5.428 personas”*.

Se observa que se está refiriendo a clientes potenciales. Por el contrario, el documento de datos económicos, para calcular los ingresos estimados, utiliza la cifra de 1.925 abonados, por lo que se aprecia que se han manejado cifras que son incluso más reducidas que las que aporta la recurrente, que considera 3.358 abonados.

En consecuencia, no habiéndose acreditado la desviación económica alegada, el motivo de recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Desestimar el recurso interpuesto por don J.S.I., en nombre y representación de Ingesport Health and Spa Consulting, S.L. (Ingesport), contra el Anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública “Redacción de proyecto, construcción y posterior explotación y mantenimiento de un centro deportivo en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz”, número de expediente: P.A. 39/2017.

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.