

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

En Madrid, a 29 de abril de 2015.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación formulado por don J.B.C., en nombre y representación de Más Vivo Que Nunca, S.L., contra la convocatoria, así como contra todos los trámites desde su iniciación del proceso, pliegos y documentos contractuales en los que se establezcan las condiciones que deban regir la contratación para la adjudicación por procedimiento abierto, del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión denominado “Gestión de servicio público del mercado municipal en el inmueble denominado Mercado de Ventas”, 165/2014/00299, tramitado por el Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Con fecha, 24 de abril de 2015, se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid anuncio de la convocatoria correspondiente al contrato denominado “Gestión de servicio público del mercado municipal en el inmueble

denominado Mercado de Ventas”, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con una duración de 25 años. Consta en la cláusula 4.1.3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que el contrato tiene gastos de primer establecimiento por valor de 296.850 euros.

Al objeto de comprender el objeto del recurso deben exponerse algunos antecedentes de la actual convocatoria. Así con fecha 28 de febrero de 1986 el Ayuntamiento de Madrid acordó adjudicar a la Asociación de comerciantes del Mercado de Canillas, la explotación en régimen de concesión administrativa del Mercado Municipal “Centro Comercial de Ventas”, anteriormente denominado “Centro Comercial Canillas”, durante un plazo de 50 años a contar desde el 1 de abril de 1986.

El 19 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, dictó Auto por el que se declara en concurso voluntario a la Asociación de comerciantes gestora del Mercado, autorizando la venta de Unidad productiva, como parte del plan de liquidación presentado por la Administradora concursal, mediante Auto de 17 de junio de 2014. La venta se inscribió en el Registro Mercantil el 2 de septiembre de 2014 a favor de la Sociedad Más Vivo que Nunca, S.L.

La antedicha sociedad solicitó al Ayuntamiento de Madrid el 26 de septiembre de 2014, autorización para la cesión derivada de la venta suscrita entre la mercantil y la administración concursal, siendo denegada dicha autorización el 18 de noviembre siguiente, mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública que fue objeto de recurso de reposición interpuesto el 26 de diciembre de 2014, que a su vez, fue desestimado el 3 de febrero de 2015. Acto que, según afirma la recurrente, será objeto de recurso contencioso administrativo, cuyo plazo de interposición concluye el día 7 de junio de 2015.

Por otro lado, mediante Decreto de 1 de septiembre de 2014 de la Delegada del Área de Gobierno de Economía, Hacienda y Administración Pública se acuerda el inicio de procedimiento de resolución del contrato de gestión de servicios públicos del mercado municipal de “Las Ventas”, en virtud de la causa contenida en el artículo 75.6 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Dicha resolución fue aprobada el 16 de enero de 2015, previo informe favorable del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitido el 14 de enero de 2015.

**Segundo.-** Con fecha 23 de abril de 2015 Más Vivo que Nunca, S.L. presentó recurso administrativo especial en materia de contratación, previo el anuncio a que se refiere el artículo 44 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, contra la convocatoria así como contra todos los trámites desde su iniciación del proceso, pliegos y documentos contractuales en los que se establezcan las condiciones que deban regir la contratación correspondiente al contrato de referencia ante este Tribunal, que lo comunicó al órgano de contratación solicitando la remisión del expediente administrativo y del informe contemplado en el artículo 46.2 del TRLCSP, lo que se produjo el 27 de abril de 2015.

En el recurso, después de argumentar sobre la admisibilidad del mismo, específicamente por lo que se refiere a la concurrencia de los umbrales previstos en la Ley para ello, solicita que se anule el expediente de contratación por vulneración del artículo 62.1, apartados b), c) y e) de la Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. En concreto considera que es posible y adecuada a derecho la cesión del contrato pese a su situación de liquidación, y que la existencia de prejudicialidad y litispendencia entre los pronunciamientos civiles y de la jurisdicción contencioso

administrativa impedirían la adopción del Acuerdo de convocatoria y licitación de un contrato cuya titularidad aún está *subiudice* al amparo del artículo 1.124 del Código Civil y artículos 223 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público, al existir título válido otorgado por un órgano judicial. Asimismo solicita por medio de otrosí la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación y la apertura de un periodo de prueba que versará sobre el expediente administrativo y diversos documentos que cita.

**Tercero.-** El órgano de contratación, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo, solicita que se inadmita el mismo al no alcanzar el contrato el umbral de gastos de primer establecimiento de 500.000 euros y subsidiariamente que se desestime el mismo, señalando que en el escrito de interposición no se exponen los motivos por los que se entiende concurren las causas de nulidad invocadas y que anular la convocatoria bajo los argumentos de prejudicialidad y litispendencia conllevaría a su vez la revocación de los Decretos 18 de noviembre de 2014 y 3 de febrero de 2015, cuya firmeza en vía administrativa es incuestionable, encontrándose la cuestión sometida a la jurisdicción contencioso administrativa. En todo caso respecto del fondo del asunto afirma que *“el Juzgado de lo Mercantil en ningún caso autorizó la venta de la Unidad Productiva a favor de la sociedad Más Vivo que Nunca, S.L. El auto de 17 de junio de 2014 no incluye referencia alguna a la mercantil, sino que se limita a contemplar la viabilidad de la venta de la unidad productiva, abstractamente considerada: en efecto, la identidad del comprador de la unidad productiva es decisión que se adopta con posterioridad por la Administración Concursal a través de un contrato privado firmado el 29 de julio de 2014”*, insistiendo en que el Decreto por el que se deniega la autorización de la cesión de la concesión administrativa del Mercado de Ventas, no se opone a la venta de la unidad productiva autorizada por el juzgado de lo mercantil, sino a que esta se haga a una entidad incurso en prohibición para contratar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Debe examinarse en primer lugar la admisibilidad del recurso en relación con los umbrales establecido en el artículo 40 del TRLCSP, cuestionada por el Ayuntamiento de Madrid y a cuya justificación se dirige gran parte del escrito de recurso.

El contrato ha sido calificado como gestión de servicios públicos, que no se cuestiona por la recurrente, al estar presente la nota de riesgo operacional definidora de este tipo de contratos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, solo son susceptibles de recurso especial los contratos de gestión de servicio público, con un presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500.000 euros y un plazo de duración superior a cinco años, exigiéndose ambos requisitos de forma acumulada. Ninguna duda cabe respecto del plazo de duración del contrato, que en este caso es de 25 años, pero sí se ha planteado por parte de la recurrente que los gastos de primer establecimiento de 296.850 euros establecidos en el PCAP son claramente insuficientes para la ejecución de las obras de establecimiento.

Efectivamente, sin ánimo exhaustivo, como ha señalado este Tribunal en anteriores Resoluciones, puede considerarse que cuando el TRLCSP establece como umbral de la procedencia del recurso especial una cifra de gastos de primer establecimiento, no cabe interpretar que se refiere al concepto estrictamente contable, sino que parece más razonable y además más acorde al espíritu de la norma de permitir el control eficaz de la licitación de estos contratos, entender que se refiere al concepto más amplio de coste de primer establecimiento, que incluiría las inversiones precisas para el establecimiento del servicio.

Ahora bien no todas las inversiones previstas, sino solo las necesarias para el establecimiento del servicio, (tanto en el caso de servicios constituidos ex novo, como los que deban prestarse de acuerdo con una nueva licitación) podrán ser tenidas en cuenta, debiendo excluirse aquellas que sean consecuencia del funcionamiento del servicio. La falta de especificación no es obstáculo para que a la vista de los conceptos que integra y el carácter del servicio, el órgano competente para resolver el recurso especial, aprecie si se encuentra o no ante una inversión de primer establecimiento, de acuerdo con las anteriores consideraciones.

De acuerdo con el Proyecto de Explotación de la Gestión del servicio público que consta en el expediente administrativo, el contrato lleva consigo unos gastos de primer establecimiento de 296.850 euros, que se corresponde con la inversión consistente en las obras previstas en el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPT). Asimismo se recogen en el mismo apartado del Proyecto de Explotación, otros gastos como son los derivados del procedimiento para la selección de usuarios de los locales, que se cifra en 6.000 euros, impuestos que se estiman en 5.980 euros y otros gastos como los registrales, derivados del cumplimiento de obligaciones legales que se cuantifican en 3.000 euros.

Por su parte la recurrente cuestiona el importe de 296.850 euros para las obras del apartado 5 del PPT, consistentes en “a) *La demolición y desescombrado de solados y mortero de agarre de las zonas comunes comerciales de las plantas 1ª y 2ª.* b) *Reposición de capa de mortero y solado de terrazo de las zonas comunes comerciales de las plantas 1ª y 2ª.*c) *Acondicionamiento del muelle de carga/descarga;* d) *Sustitución de sumideros en plantas del mercado y cubierta superior;* e) *Adecuación de las plantas 3ª y 4ª.*f) *Implantación de medidas de accesibilidad”*. Concretamente señala que el Ayuntamiento ha fijado dicha cantidad discrecionalmente de forma estimativa y sin acreditar su suficiencia, indicando como

ejemplo de lo anterior que *“dicho presupuesto ya se antoja insuficiente en su integridad dada cuenta el estado deplorable en que se encuentran actualmente tales dependencias de las plantas 3ª y 4ª, lo que hará necesario el acometimiento de unas obras de mayor calado y envergadura económica”*. Entiende por ello que el Tribunal debería requerir al Ayuntamiento para que se valore el coste que habría de ser abonado por la ejecución de las obras con especificación y detalle de cada partida.

Además considera que también forma parte del concepto de gastos de primer establecimiento el importe de la garantía definitiva que aunque se desconoce, cifra aproximadamente en 84.125,79 euros, así como la primera anualidad de la dotación por reposiciones que se ha cuantificado en 40.000 euros y el importe del canon a satisfacer tal y como ha señalado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 406/2014.

Por su parte el órgano de contratación señala que los gastos de primer establecimiento son los que se contemplan en el apartado 3.2 del proyecto de explotación de fecha 15 de abril de 2015, cuyo importe estimado en conjunto asciende a 398.421,60 euros. Especifica respecto de las concretas objeciones hechas valer por la recurrente que *“Debe hacerse especial hincapié en que la cifra de inversión inicial contemplada en el proyecto de explotación, en contra de lo que alega el recurrente, incluye además del presupuesto de ejecución material de las obras de primer establecimiento (estimado por técnico competente de la administración), todos los gastos asociados a las mismas (gastos generales, beneficio industrial, estudios y proyectos, control y vigilancia de las obras e ICIO), (...)”* y que conforme a lo dispuesto en la Ordenanza de Mercados Municipales, la adaptación de cada uno de los locales del mercado no corresponde al concesionario, sino al usuario (comerciante) por lo que en ningún caso se pueden considerar gastos de primer establecimiento del concesionario, tal y como pretende el recurrente, las futuras inversiones necesarias para la adaptación de los distintos

locales.

Debe señalarse en primer lugar que la recurrente no aporta siquiera sea un principio de prueba relativa a la insuficiencia de los gastos de primer establecimiento recogidos en el informe proyecto de explotación, sino que se limita a realizar una serie de afirmaciones genéricas sobre el estado “deplorable” en el que se encuentran las instalaciones y que explica a su juicio el escaso grado de ocupación (0%) de las plantas 3 y 4, que a su juicio constituyen el ejemplo de la invocada insuficiencia. En todo caso cabe considerar que el proyecto de explotación no se dirige a fijar el umbral para la eventual procedencia de un recurso, sino que tiene por objeto garantizar la viabilidad del servicio estableciendo la relación entre el precio del contrato (canon) y las obligaciones de inversión y el resto de gastos cuyo desequilibrio no permitiría la adecuada ejecución del contrato. En todo caso y forzosamente en el proyecto se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es por ello meramente estimada y sujeta a posibles variaciones, sin perjuicio de que su determinación se realice de forma fundada.

En cuanto a los 40.000 euros anuales en concepto de reposiciones, este Tribunal considera que no se trata de un gasto de primer establecimiento, sino de un gasto de explotación de la concesión de servicios, que de acuerdo con nuestra Nota Interpretativa, traída a colación por las partes, no forma parte de los gastos de primer establecimiento. Y ello es así puesto que se trata (utilizando el concepto reposición no en su acepción contable de valor de reposición, sino en el sentido de sustitución de elementos deteriorados o por necesidades de adaptación legal que se desprende del PPT) de una previsión de un millón de euros, que repartidos durante la duración de la concesión suponen 40.000 euros anuales, lo que no implica que en el primer año de la concesión sea necesario realizar inversiones por ese importe para su puesta en marcha. En todo caso en el estudio sobre los gastos de primer



establecimiento invocado por la recurrente se afirma *“Pueden asimismo descartarse las inversiones derivadas de la necesidad de reposición de bienes por su uso o desgaste una vez establecido el servicio”*.

En cuanto al canon a satisfacer, este Tribunal no considera el mismo como un gasto de primer establecimiento, sino como un gasto de explotación, sin que la resolución 406/2014, de 23 de mayo, del TCRC citada por la recurrente sea aplicable al presente caso, puesto que la misma hace referencia a un canon inicial anticipado por importe de 800.000 euros, que no se contempla en el presente supuesto.

Tampoco se considera de acuerdo con el estudio citado que la garantía definitiva sea un gasto de primer establecimiento, ni tan siquiera un gasto en sentido estricto, puesto que responde del adecuado cumplimiento del contrato siendo objeto de devolución al concluir el mismo, no siendo además presupuesto de la prestación del servicio, al igual que los gastos de licitación, sino de la adjudicación del contrato.

No constando más obligaciones de inversión en el proyecto de explotación ni en los pliegos este Tribunal considera que el importe de los gastos de primer establecimiento no alcanza el umbral de 500.000 euros previsto en el artículo 40 TRLCSP, por lo que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**Segundo.-** No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la posibilidad de calificación del recurso de conformidad con 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, el órgano de contratación podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el artículo 40.5 del TRLCSP: *“(…) 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” por lo que procede remitir el escrito de recurso al órgano de contratación al objeto de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título VII de la citada LRJ-PAC.*

**Tercero.-** En relación con la prueba propuesta, este Tribunal ha examinado el expediente administrativo propuesto como prueba documental, si bien considera en función del pronunciamiento de la presente Resolución que no es necesaria la celebración de ulterior prueba por lo que, procede su denegación de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.4 del TRLCSP.

**En su virtud,** previa deliberación, por unanimidad, 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 J.B.C., en nombre y representación de Más Vivo Que Nunca, S.L., contra la convocatoria así como contra todos los trámites desde su iniciación del proceso, pliegos y documentos contractuales en los que se establezcan las condiciones que deban regir la contratación para la adjudicación por procedimiento abierto, del contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión denominado “Gestión de servicio público del mercado

municipal en el inmueble denominado Mercado de Ventas”, 165/2014/00299, al no ser un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación.

**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 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.