

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

En Madrid, a 5 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don J.B.R., actuando en nombre y representación de EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. (en adelante EBONE) contra el anuncio de la licitación y el plazo de presentación de ofertas, para la contratación de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo ubicado en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz, nº expediente PA 20/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de concesión de obras públicas, se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOCM el 2 de junio de 2017, incluyendo entre la documentación asociada el pliego de cláusulas económico-administrativas particulares, indicando que el canon a satisfacer al Ayuntamiento es 1.800.000 euros sin que figure el valor estimado del contrato. En dicho anuncio se indica que el plazo para presentación de ofertas finaliza el 26 de junio de 2017.

Segundo.- Con fecha 12 de junio de 2017 se publica la corrección de errores del anuncio de la licitación en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOCM indicando que se modifica la fecha límite de presentación de proposiciones que será de veintiséis días naturales desde la inserción del anuncio en el BOCM, de acuerdo con lo cual finaliza el 10 de julio de 2017.

Tercero.- Con fecha 21 de junio de 2017 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por EBONE contra el anuncio de la licitación y el plazo de presentación de ofertas por tratarse de una concesión de obra sujeta a regulación armonizada y por haberse convocado sin el preceptivo estudio de viabilidad.

El órgano de contratación remitió al Tribunal el recurso junto con el expediente de contratación y el 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 (TRLCSP), que tuvo entrada en este órgano el 26 de junio de 2016. En el mismo admite que el valor estimado de la licitación es superior a 5.225.000 euros, que es el umbral establecido en el artículo 14 del TRLCSP calculado conforme a las reglas del artículo 88 de dicha Ley, para los contratos de obras y de concesión de obras públicas sujetos a una regulación armonizada, debiendo publicarse en el DOUE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, así como la representación del firmante del recurso. Se trata de una empresa que manifiesta su interés en la licitación y en modificar las condiciones en que puede hacerlo cuyo objeto social, aunque no incluye la ejecución de obras, sí incluye la promoción deportiva.

Segundo.- En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4. (...)”*

c) Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación”

Habiéndose publicado la licitación el 2 de junio de 2017 y puestos los pliegos el mismo día a disposición de los interesados, siendo esta fecha la que consta al recurrente, el recurso interpuesto el día 20 junio, el recurso se presentó en el plazo legalmente previsto.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra el anuncio de una concesión de obras públicas sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- 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 recurso.

Quinto.- Como más arriba indicábamos, varios son los motivos del recurso siendo el principal la nulidad de la licitación por incumplir el órgano de contratación la obligación de publicar la convocatoria en los términos previstos para los casos en que se encuentra sujeta a regulación a armonizada.

El artículo 13 del TRLCSP dispone que son contratos sujetos a regulación armonizada, entre otros, los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas del artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes. El artículo 14 del TRLCSP

dispone que los contratos de concesión de obras públicas están sujetos a regulación armonizada cuando su valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

El artículo 88 del TRLCSP establece que *“En los contratos de obras y de concesión de obra pública, el cálculo del valor estimado debe tener en cuenta el importe de las mismas así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.”*

Asimismo la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en el artículo 8 regula los métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones.

En síntesis, en los contratos de concesión de obras y explotación, el precio del canon no es el valor estimado del contrato si no que para la determinación de éste debe tenerse presente el valor de negocio total de la empresa concesionaria, generado durante la duración del contrato, estimado por el poder adjudicador en contrapartida por las obras y servicios objeto de concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

Examinado el expediente de contratación objeto del recurso, se observa que el mismo se ha calificado como un contrato de concesión de obras públicas tramitándose como un contrato no sujeto a regulación armonizada, al considerar únicamente el importe del canon a sufragar al Ayuntamiento, estimado en 1.800.000 euros, importe que figura en el anuncio, en el pliego de cláusulas económico-administrativas particulares (cláusula sexta), sin tener en cuenta que el pliego de prescripciones técnicas, en su anexo II, señala que la previsión inicial del coste por la construcción del centro de fitness y el spa asciende a 3.375.000 euros y en el anexo III, relativo a las condiciones de urbanización, se cifra en 1.800.000 euros el coste las mismas. Es decir, el cálculo del valor estimado no se ha realizado de acuerdo con lo establecido en el artículo 88 del TRLCSP interpretado de conformidad con lo dispuesto en la directiva 2014/23/UE. Por otra parte el total de

ingresos durante los 40 años previstos para la concesión se calcula estimadamente en 45.360.000 euros.

La cifra consignada como valor estimado deberá, en consecuencia, ser corregida debiendo tener en cuenta los importe del valor de negocio según el estudio de viabilidad cuyo contenido y omisión se analiza en el siguiente fundamento de derecho.

Todos los importes estimados mencionados figuran en el expediente, donde constan los importes totales sin la debida justificación correspondiente a su cálculo. Por su parte el órgano de contratación ha admitido la consideración de tratarse de una contratación sujeta a regulación armonizada, por lo que debió publicarse la licitación conforme a lo dispuesto en el artículo 142.1 y 3 del TRLCSP:

“2. Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado.

3. El envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.”

Establece el artículo 37 del TRLCSP que serán nulos los contratos sujetos a regulación armonizada en los siguientes casos:

“a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 142.”

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso por este motivo y en consecuencia declarar la nulidad del procedimiento.

Sexto.- Como motivo de recurso se invoca que no consta que previamente al anuncio de licitación se haya elaborado un estudio de viabilidad y sometido al trámite de exposición pública.

Entre las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras públicas, el artículo 128 del TRLCSP establece que:

“1. 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.

2. El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.

b) 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.

c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.

d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.

e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.

j) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.

g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.

h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.

3. La Administración concedente someterá el estudio de viabilidad a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de la complejidad del mismo y dará traslado del mismo para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes.”

Al efecto alega el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz que el apartado 6 del mencionado artículo 128 del TRLCSP permite a la Administración concedente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico financiero. Argumenta que los aspectos de construcción, explotación y conservación y sobre todo financiación se desarrollan a riesgo y ventura del contratista y es este quien debe completar el estudio de viabilidad mediante la aportación de su plan económico financiero, puesto es él quien soportará los costes e inversiones necesarias durante la explotación de la obra y servicios.

La literalidad de dicho artículo 128.6 es: *“La Administración concedente podrá acordar motivadamente la sustitución del estudio de viabilidad a que se refieren los apartados anteriores por un estudio de viabilidad económico-financiera cuando por la naturaleza y finalidad de la obra o por la cuantía de la inversión requerida considerara que éste es suficiente. En estos supuestos la Administración elaborará además, antes de licitar la concesión, el correspondiente anteproyecto o proyecto para asegurar los trámites establecidos en los apartados 3 y 4 del artículo siguiente.”*

El Tribunal constata que en el expediente remitido no constan ni el estudio de viabilidad con el contenido del artículo 128.2 del TRLCSP, ni el trámite de información pública, ni la motivación de sustitución por un estudio de viabilidad económico financiera donde se justifique la suficiencia de este por la naturaleza o finalidad de las obras. Tampoco, en este segundo, caso se ha redactado el anteproyecto o proyecto para asegurar la información pública de estos por el plazo de un mes a que se refiere el artículo 129.3 del TRLCSP ni que el anteproyecto haya

sido aprobado considerando las alegaciones formuladas e incorporando las prescripciones de la declaración de impacto ambiental a que se refiere el apartado 4 del mismo artículo.

Solo consta un documento de un folio y medio, denominado “*datos estimativos referentes a la concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo en la parcela sita en Soto del Henares*”, que fija un valor de construcción de 3.375.000 euros sin soporte en ningún estudio o anteproyecto, unas necesidades de urbanización de la parcela con un valor de 1.800.000 también sin soporte que sustente tal valoración, un cálculo de ingresos durante los 40 años de duración de la concesión por importe de 45.360.000 sin que se justifique ni la duración de la concesión ni la viabilidad de las tarifas. Es cierto que se incorpora un denominado pliego de prescripciones técnicas en cuyos anexos I a IV se adjuntan planos, unas mínimas condiciones de edificación, programa de espacios, condiciones técnicas de urbanización y tarifas, pero dicho documento no sustituye ni la publicidad ni los requisitos del estudio de viabilidad o de viabilidad económico-financiera.

La falta de estudio de viabilidad o documentación que le sustituya impide que se garantice la igualdad y concurrencia de los licitadores con el debido conocimiento de las características del servicio al elaborar las ofertas. No se trata de una mera irregularidad formal, sino de la ausencia de un acto preparatorio necesario para proceder válidamente a la licitación y adjudicación de la concesión.

Nos hallamos ante un requisito de procedimiento preceptivo cuya vulneración causa indefensión a los interesados que se ven obligados a formular sus ofertas sin datos básicos de referencia para efectuar sus proposiciones en condiciones de garantía de viabilidad, que tiene prevista una tramitación, y como, ni se ha elaborado estudio de viabilidad o documento sustitutivo, ni se ha sometido este a información pública, nos encontramos en un supuesto de nulidad del acuerdo de apertura del procedimiento de licitación para construir y explotar en régimen de concesión la obra pública.

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.- Estimar el recurso interpuesto por don J.B.R., actuando en nombre y representación de EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L., contra anuncio de la licitación y al plazo de presentación de ofertas, para la contratación de la concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro deportivo ubicado en una parcela municipal situada en Soto del Henares de Torrejón de Ardoz, nº expediente PA 20/2017, declarando la nulidad de la licitación, debiendo el Ayuntamiento, si subsisten la necesidad, proceder a iniciar una nueva convocatoria previa tramitación de los actos preparatorios preceptivos y dando la publicidad legalmente prevista.

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.