

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

En Madrid, a 22 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso formulado por doña M.E.V., en nombre y representación del Grupo Municipal Ahora Getafe, contra el Acuerdo del Pleno de 24 de octubre de 2016, por el que se adjudica la “Concesión de la Gestión del servicio de alquiler de bicicletas públicas del Ayuntamiento de Getafe” Expte: 78/16, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 19 de septiembre de 2016, se publicó en el BOCM la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, para la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, del servicio de alquiler de bicicletas públicas. El valor estimado del contrato es de 1.233.739 euros y la duración es de 8 años. No constan gastos de primer establecimiento. La adjudicación del contrato se adoptó por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de octubre de 2016, que fue publicado el día 28 del mismo mes.

Segundo.- El Grupo Municipal Ahora Getafe, previo anuncio realizado el día 31 de

octubre de 2016, interpuso ante el Ayuntamiento, con fecha 15 de noviembre de 2016, recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de adjudicación, el escrito fue remitido también al Tribunal, donde tuvo entrada el día 16 de noviembre. El Ayuntamiento, requerido para ello, remitió el día 21 de noviembre de 2016, el expediente administrativo y el informe contemplado en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSP).

La recurrente solicita la nulidad de la adjudicación al considerar que determinadas circunstancias del procedimiento, su carácter urgente, y algunas de las condiciones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no aparecen justificadas.

Tercero.- El Ayuntamiento, en el informe preceptivo que acompaña al expediente administrativo manifiesta que no cabe recurso al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en el que no se superan los 500.000 euros de gastos de primer establecimiento y tampoco se trata de un contrato de servicios sometido a regulación armonizada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe analizarse en primer lugar la competencia del Tribunal para la resolución del recuso. El contrato ha sido calificado de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión.

Tal y como señalábamos en nuestra Resolución 113/2016, de 23 de junio, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición concluyó el 18 de abril de 2016, resulta aplicable, por tener efecto directo, a este tipo de contratos, gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, en cuanto a la tipología y definición de este contrato, desplazando consecuentemente a la categoría contrato de gestión de servicios públicos, tal y como se indica en el documento elaborado por

los Tribunales de contratación pública el 1 de marzo de 2016, en el Informe 1/2016, de 6 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, cuando en su punto II señala que *“El ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública y las categorías contractuales habrá que delimitarlas a partir del 18 de abril de 2016, de acuerdo con las directivas 2014/24 y 2014/23/UE”*. No resulta incompatible con lo anterior lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Recomendación de 15 de marzo de 2016 cuando afirma *“a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada y que sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirá aplicando las normas de esta Ley correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos”*, entendiendo que se refiere al régimen jurídico aplicable a la concesión de servicios.

De acuerdo con el artículo 8 de la misma, la Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.225.000 euros, por lo tanto, el contrato que analizamos cuyo valor estimado es de 1.233.739,68 euros quedaría fuera de su ámbito de aplicación y no sometido a regulación armonizada, no pudiendo interponer recurso especial en materia de contratación.

No obstante, a fin de evitar que la aplicación directa de la Directiva produzca un efecto directo vertical descendente, no permitido en virtud de la Sentencia Portgás, con el objeto de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”* y un perjuicio a los particulares estableciendo condiciones más estrictas para la interposición del recurso, que las que existían en la legislación nacional, procede analizar si de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1.c) del TRLCSP, el Tribunal sería competente para conocer del presente recurso.

El mencionado apartado, determina que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los contratos de gestión de servicio público en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el Impuesto

sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración sea superior a cinco años.

En primer lugar considera el Tribunal, a la vista del objeto del contrato y su contenido, que se produce en este caso el desplazamiento del riesgo operacional necesario para su calificación como contrato de concesión de servicios (gestión de servicios), que viene siendo exigido de forma reiterada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicada por los órganos encargados de la resolución del recurso especial, entre otras muchas en las STJUE 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, asunto C-274/09; STJUE de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, o la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Eurowasser, asunto C-206/08.

En el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE, se expone la necesidad de aclarar que “(...) *la definición de ‘concesión’,*” se realiza “*en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional.*”

En segundo lugar no cumpliéndose en este caso uno de los dos requisitos, para entender superado el umbral de recurso especial, ya que no están previstos gastos de primer establecimiento, el órgano de contratación prevé únicamente la cantidad de 18.000 euros como gastos de puesta en funcionamiento del servicio, no cabe interponer el mismo.

En consecuencia, de conformidad con 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, este Tribunal carece de competencia para resolver el presente recurso.

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 doña M.E.V., en nombre y representación del Grupo Municipal Ahora Getafe, contra el Acuerdo del Pleno de 24 de octubre de 2016, por el que se adjudica el contrato de “Concesión de la Gestión del servicio de alquiler de bicicletas públicas del Ayuntamiento de Getafe” Expte: 78/16, por falta de competencia 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 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.