

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº 29/2017

RESOLUCIÓN Nº 30/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 24 de noviembre de 2017.

Visto el Recurso Especial en materia de contratación, interpuesto por, D^a Susana Serrano Gómez Landero, como Concejala y Portavoz del Grupo Político Municipal PARTICIPA SEVILLA, contra los acuerdos adoptados por Consejo de Gobierno en sesión celebrada el 5 de octubre de 2017, contra los Pliegos y la convocatoria de licitación que rigen el procedimiento abierto tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (IMD) para la contratación de la Gestión, Explotación y Mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de Obras del Centro Deportivo municipal "Virgen de los Reyes" Distrito Macarena Sevilla (Expte 132/2017), este Tribunal ha adoptado la siguiente,


RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Acuerdo del Consejo de Gobierno del Instituto Municipal de Deportes, en sesión celebrada el día 5 de octubre de 2017, se aprobó la Concesión administrativa como forma de gestión indirecta de los servicios a prestar en la Instalación Deportiva Virgen de los Reyes. Así mismo, se aprobaron los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas de carácter particular, el anteproyecto y demás documentos preparatorios que han de regir la presente contratación y se estableció como canon mínimo anual a satisfacer por el concesionario 40.018,00 €.

SEGUNDO.- El anuncio de la convocatoria del procedimiento de licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en el BOE con fechas 13 de julio y 23 de octubre de 2017, respectivamente. De igual forma se publica en el perfil del contratante el 13 de octubre de 2017.

TERCERO.- Con fecha 27 de octubre de 2017, D^a Susana Serrano Gómez Landero, en su condición de Concejala del Ayuntamiento de Sevilla y Portavoz del Grupo Político Municipal PARTICIPA SEVILLA presenta, en el Registro General de IMD, recurso especial en materia de contratación contra los Acuerdos adoptados por el

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 1/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el día 5 de octubre del presente, contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y contra la convocatoria de licitación publicada en el DOUE y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Sevilla.

Así mismo, la recurrente solicita en el OTROSÍ digo del escrito, la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación de la licitación objeto de recurso.

Con fecha 3 de noviembre del presente, se recepciona por este Tribunal, mediante correo electrónico, expediente remitido por el IMD, acompañado del informe preceptivo a que hace referencia el art. 46.2 TRLCSP, adjuntándose los escritos de anuncio y de interposición del Recurso Especial en materia de contratación presentados en el Registro General del IMD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso y resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP, y en virtud del Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla en Pleno, de 25 de mayo de 2012, por el que se crea el mismo.

SEGUNDO.- En cuanto al objeto del recurso, y al efecto de determinar su procedencia dos son los extremos que deben analizarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 40 TRLCSP: por un lado, si el contrato que pretende concertar el IMD es un contrato de los relacionados en el apartado primero de dicho precepto; y por otro, si el acto impugnado es uno de los relacionados en el apartado segundo del mismo.

El art. 40 del TRLCSP señala: *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.


b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 2/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

A este respecto, es necesario señalar que, al no haber sido transpuestas en plazo las Directivas europeas 2014/24/UE y 2014/23/UE, entra en juego el denominado efecto directo de aquellas disposiciones que tengan un contenido incondicionado, claro y preciso.

Desde esta perspectiva, el art. 40 TRLCSP, establece la tipología contractual y actuaciones objeto de recurso. Pero estos supuestos, dado que el recurso especial tiene fundamento europeo (Directiva 89/665, modificada por la Directiva 2007/66) deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE y el nuevo marco regulatorio europeo, constituido por las Directivas citadas. De esta forma han de entenderse incluidos en los supuestos del art. 40 TRLCSP los tipos de contratos relacionados en las Directivas citadas. Aplicando lo anteriormente señalado a este supuesto, queda desplazada con carácter general la categoría contractual de gestión de servicios públicos en su modalidad de concesión por el de concesión de servicios que tengan la consideración de regulación armonizada según art. 8 de la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones, en adelante DC.


Comenzando con el análisis del **primero** de los extremos apuntado, relativo a si el contrato que pretende celebrarse es uno de los indicados en el art. 40.1 del TRLCSP, señalar que, aun cuando una de las cuestiones controvertidas planteadas por la recurrente en su escrito es precisamente la calificación jurídica del contrato, hemos de indicar que, como más adelante veremos, ya se trate de un contrato de servicios o bien de un contrato de concesión de servicios, en cualquier caso dicho contrato estaría sujeto a regulación armonizada, dado que su valor estimado es de 114.582.780,00€ , pues ello determina su procedencia.

En cuanto al análisis del **segundo** de los presupuestos legalmente exigidos para determinar la impugnabilidad de los actos recurridos, hemos de determinar si las actuaciones recurridas se encuadran en alguno de los supuestos previstos en el art. 40.2 del TRLCSP

El recurso se interpone con carácter general contra:

- Los acuerdos adoptados en la sesión 5 de octubre de 2017 del Consejo de Gobierno del IMD, en el tercer punto del orden del día, por los que se aprueba la concesión administrativa como forma de gestión indirecta, los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas de carácter particular y documentos preparatorios que han de regir la licitación, así como el establecimiento del canon mínimo.
- Los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Convocatoria de Licitación publicada en el DOUE y Perfil del Contratante.

1.- En relación con los **Acuerdos** adoptados por el Consejo de Gobierno del IMD, en sesión celebrada el 5 de octubre de 2017, es necesario para determinar si dichas

| | | | | |
|--------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 3/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

actuaciones son susceptibles del recurso especial, el examinar los motivos impugnación por separado.

En la Alegación Primera, solicita la nulidad del acuerdo relativo a la aprobación de la concesión administrativa como forma de gestión indirecta” **por no ser un asunto incluido en el Orden del Día de la convocatoria del Consejo de Gobierno del IMD de 05.10.2017”.**

En la Alegación Segunda, solicita la nulidad del mismo acuerdo que en la Primera pero por considerarlo **adoptado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia** (Consejo de Gobierno del IMD).

En la Alegación Tercera, vuelve a solicitar la nulidad del mismo acuerdo, pero **por contravenir lo acordado en el Pleno del Ayuntamiento de 28 de julio de 2017.**

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe emitido, se opone a lo alegado por la Concejala y solicita la inadmisión de la tercera alegación, al considerar que no se trata de un supuesto encuadrable ni en el apartado 2º del art. 40 del TRLCSP, ni en el art. 37 del mismo cuerpo legal.

Examinadas las alegaciones de la recurrente se infiere, sin lugar a dudas, que la pretensión de la misma, no es otra que impugnar el citado acuerdo, por entender que incurre en vicios o irregularidades jurídicas procedimentales relativas a la convocatoria de órganos colegiados, a cuestiones de distribución de competencia entre órganos de la Administración Local, así como al incumplimiento del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de 28 de julio de 2017, cuestiones todas ellas objeto de regulación en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.


Al tratarse de actuaciones no encuadrables en el art. 40.2 del TRLCSP y concretarse los motivos de impugnación en cuestiones que no afectan a las condiciones propias de la licitación, este Tribunal, entiende que no resulta competente para ejercer un mero control de legalidad en aplicación del Derecho Administrativo, por lo que procede la inadmisión de las Alegaciones Primera, Segunda y Tercera, sin perjuicio de que dichas actuaciones puedan ser objeto de control por los órganos administrativos o judiciales correspondientes.

2.- En relación con la impugnación de los Pliegos y de la convocatoria de licitación, al tratarse de actos recurribles en esta vía especificados en el art. 40.2 del TRLCSP, procede, en principio, su admisión.

TERCERO.- Con carácter previo al estudio de la cuestiones de fondo planteadas, procede abordar la legitimación de D^a Susana Serrano para la interposición del presente recurso especial contra los Pliegos y el anuncio de licitación.

De la lectura del encabezamiento del recurso, observamos como la Sra. Serrano actúa en su condición de Concejala del Ayuntamiento de Sevilla y como Portavoz del Grupo Político Municipal PARTICIPA SEVILLA. Por ello, en el presente caso procede analizar la legitimación de la recurrente como Portavoz del Grupo Municipal y como Concejala.

La legitimación aparece regulada en el art. 42 del TRLCSP y desarrollada por el art. 24 del R/D 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 4/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, donde se regulan supuestos especiales de legitimación, refiriéndose de forma expresa el art.24. 4 del Reglamento (de conformidad con lo dispuesto en el art. 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local) a los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra.

Respecto de la legitimación de los grupos municipales y concejales constituidos en las Corporaciones Locales, existe una abundante jurisprudencia y doctrina al respecto. En este sentido destacar la Resolución 15/2013 emitida por este Tribunal, que analiza la cuestión, aunque con ocasión de la interposición de un recurso interpuesto por un Concejal en calidad de Portavoz de un Grupo Municipal.

En dicha Resolución se analiza detenidamente la jurisprudencia y doctrina de los Tribunales Administrativos en relación con el concepto de interés legítimo del Grupo Municipal y de los Concejales, es decir, de terceros no licitadores. De esta forma, señala:


“(...) De igual manera, la formulación de la legitimación se aparta de la regulación de mínimos de las Directivas y converge con la tradición jurídica española, ciertamente generosa en este punto. En la línea de la amplia legitimación reconocida para el recurso contencioso-administrativo (art. 19 LJCA) y del concepto de interesado en el procedimiento administrativo (art. 31 LRJPAC), el legislador de contratos públicos se ha decantado por una configuración abierta de la legitimación ante los órganos de recursos contractuales.

Así, el art. 42 TRLCSP –al igual que el art. 39.2 TRLCSP– señala que “podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados” bien por las decisiones objeto de recurso, bien por las causas especiales de nulidad contractual. Esta amplia formulación de los sujetos legitimados para interponer, en concreto, el recurso especial ya ha planteado algunas dudas interpretativas que se han resuelto, caso por caso, por los tribunales de contratación pública, tanto a nivel estatal, como autonómico.

Las personas legitimadas para interponer el recurso especial deben tener un derecho o interés legítimo afectado o perjudicado por la decisión objeto de impugnación. No es necesario, por tanto, que prueben la titularidad de un derecho a la adjudicación, basta con un interés legítimo vinculado al contrato. El núcleo de la regulación está, por tanto, en la idea de interés legítimo, que abre la posibilidad de interponer el recurso a otros sujetos distintos de los operadores económicos vinculados con la licitación.

El TRLCSP no ha optado, por tanto, por crear una acción pública en materia de contratación, que permita interponer el recurso basándose en un mero interés que persiga la depuración de actos ilegales. El concepto de interés legítimo se ha descrito de forma exhaustiva por la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa: el recurrente debe probar que tiene un interés personal, directo y actual con el objeto del litigio y que su resultado puede repercutir de forma clara y suficiente en su esfera jurídica.

De la interpretación de la legislación de contratación pública, en sentido teleológico –por la finalidad del recurso– y sistemático –por su integración con la interpretación dada al concepto de interés legítimo en la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa–, puede afirmarse que un concejal podrá interponer recurso especial siempre que demuestre que ostenta un interés legítimo que se ve afectado o


| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 5/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

perjudicado por la decisión objeto de recurso. En sentido contrario, de la legislación de contratos no se deriva ninguna regla que reconozca al concejal como un sujeto privilegiado a efectos de interponer el recurso especial. La legislación de contratación pública, interpretada conforme al Derecho europeo, no exige que los concejales en su condición de tales puedan hacer uso del recurso especial en materia de contratación pública, sin perjuicio de que puedan interponer el recurso siempre que demuestren la existencia de un interés legítimo afectado por la decisión objeto de impugnación.

Los concejales pueden interponer recurso contencioso-administrativo conforme a la legitimación general del art. 19.1 a) LJCA. Este precepto permite al concejal impugnar acuerdos de órganos unipersonales o de órganos colegiados en los que no participa, tanto en su condición de particular como de representante de los ciudadanos, siempre que demuestre tener un interés legítimo afectado por la actuación impugnada, así como acudir frente a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa para ejercer una acción pública, allí donde el legislador haya reconocido esa posibilidad. Teniendo en cuenta, además el art. 20.a LJCA y el 63.1.b LBRL, podría concluirse que si no se forma parte del órgano, solo cabe impugnar con base en la regla general del interés legítimo del art. 19.1.a LJCA; si se forma parte del órgano es posible impugnar siempre que se haya votado en contra. La legitimación del art. 63 LBRL constituye, por tanto, una legitimación ex lege para el contencioso-administrativo desconectada de la idea de interés legítimo que, a priori, parece proyectarse únicamente sobre los acuerdos de los órganos de los que se forma parte y contra los que se votó en contra. La interpretación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho del artículo 63.1.b) de la LBRL ha sido unánime en el sentido de considerar que solo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación.

El precepto alude literalmente a sujetos legitimados en la vía contencioso-administrativa y no a los sujetos legitimados en vía administrativa. Esto podría llevar a pensar que el legislador quería establecer una regla excepcional para la vía contencioso-administrativa, y que si hubiese querido que la regla se aplicara a la vía administrativa, habría hecho referencia expresa a ella. Obviamente ello no impide interpretar que la legitimación se extiende también a los recursos administrativos que se configuran como presupuestos de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, de lo contrario, la legitimación especial para el ámbito jurisdiccional quedaría frustrada en esos casos, pero el precepto, literalmente, no se refiere sin más a cualquier recurso administrativo.

Las reglas generales en torno a la garantía de tutela judicial efectiva no obligan a extender al concejal la legitimación en el recurso especial. El recurso especial comparte la naturaleza administrativa de los recursos ordinarios regulados en la Ley 30/1992, de alzada y reposición. Pero es un recurso creado para satisfacer unas necesidades específicas: la tutela de los intereses afectados o perjudicados por los procedimientos de contratación. Por esa razón y por su carácter potestativo no es posible entender una extensión de la legitimación al concejal, en su condición de tal, en virtud de la jurisprudencia constitucional. El concejal podría interponer recurso especial en la medida en que acredite un interés legítimo, no de forma privilegiada, con base en el interés en el buen funcionamiento de la Corporación, sin que ello condicione el ejercicio de su derecho de acceso a la jurisdicción. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo es una regla de mínimos que exige que, al menos, haya una oportunidad de acceder a un juez para defender una posición jurídico-subjetiva protegida por el Derecho. En el ámbito de la contratación


| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 6/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

pública, hay que tener en cuenta que el recurso especial constituye una vía facultativa previa al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma que la negación de legitimación al concejal en la vía del recurso especial dejaría incólume sus posibilidades de obtener la tutela de un juez sobre sus pretensiones. La interpretación de la legislación de contratos conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a nivel europeo tampoco exige, pues, ninguna obligación de extender la legitimación del recurso especial a los concejales per se.”

En cuanto a la legitimación del Grupo Municipal, continúa señalando:

“(…) Siguiendo asimismo la línea marcada por los Tribunales especiales en materia de contratación, hemos de concluir su falta de legitimación, pues no cabe amparar ésta en el art. 42 del TRLCSP. Como expresamente señalaba el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Resoluciones 122/2012, 57/2013 y 203/2013), “ Para precisar el alcance del “interés legítimo” en caso de terceros no licitadores -como es el supuesto que nos ocupa-, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad....“En este sentido, este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha pronunciado en numerosas resoluciones. Valga citar la Resolución 290/2011, donde se expone en el fundamento de derecho cuarto que: “Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras, en sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.... la alegación de la recurrente va referida a un interés de un tercero, sin que pueda percibirse en la recurrente un interés que vaya más allá del mero interés en el mantenimiento de la legalidad. No existiendo un interés propio de la recurrente derivado de la situación que denuncia, la misma no puede ser determinante de su legitimación.... En definitiva, en el caso de estimación del recurso, no puede derivarse ningún efecto positivo (beneficio) ni evitación de un efecto negativo (perjuicio) para la recurrente, pues ésta continuaría sin poder tomar parte en la licitación,.... La consecuencia de ello es que la recurrente carece de interés legítimo que se vea afectado por la redacción del pliego y, en consecuencia carece de legitimación para su impugnación”.

En el mismo sentido lo ha hecho el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución 11/2011, concluyendo que “para la acreditación del interés legítimo, respecto de alegaciones relativas a la vulneración de los principios de la contratación pública, “se encontrarían legitimados los licitadores y aspirantes a serlo o colectivos que les agrupen o representen, únicamente. Lo contrario equivaldría a establecer una suerte de acción pública en relación con la contratación administrativa en salvaguarda de los principios que la presiden, que no parece haber sido la voluntad del legislador al establecer un concepto amplio de legitimación”. Cita en apoyo de este criterio, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre de 2003, que resume la doctrina jurisprudencial del mismo en relación con esta cuestión y añade: “Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9331), la legitimación «ad causam»

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 7/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión...”.

Pues bien, a estos efectos, señala el Tribunal Central (Resolución 57/2013), “(...) por parte de los recurrentes, tanto del Grupo municipal como de la Concejal portavoz, se trata de restablecer la legalidad que entiende infringida, lo que no es suficiente, como señalamos, para fundar su legitimación con base en el 42 del TRLCSP.


(...)No obstante, la interpretación correcta del precepto es la de que tales grupos gozan de legitimación si "resultan afectados" por la resolución o si la resolución afecta a los "derechos e intereses legítimos colectivos", de modo que justifique que los grupos y asociaciones que están legalmente habilitados para su defensa, puedan recurrir. En cuanto a lo primero, parece obvio que la resolución no afecta al Grupo Parlamentario y sólo afecta a los concursantes. En cuanto a lo segundo, sin duda los partidos políticos encaminan su actuación en defensa de los derechos colectivos, lo que ocurre es que ello no se traduce en una suerte de legitimación universal para impugnar cualquier acto o resolución. Con el pretexto de la defensa de los intereses generales podría impugnarse desde una sanción de tráfico hasta el nombramiento de un funcionario, pasando por la fijación de su complemento de productividad, y siempre se podría encontrar una justificación en la defensa de intereses colectivos (el principio de legalidad, de seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad en que incurre la Administración al sancionar a uno y no a otro, el daño a la Hacienda Pública provocada por la fijación de aquel complemento de productividad...). Por ello, debe examinarse supuesto por supuesto si el acto o resolución impugnada afecta realmente a los derechos e intereses colectivo que se encuentren dentro del ámbito de defensa para la que está habilitado el grupo o asociación recurrente.

(...)Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional -STS de 9 de julio de 1993, en la que se reproduce la STC 195/1992,16 de noviembre-, insisten en que el criterio más amplio de interés legítimo, se ha de identificar con "cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida" -SSTS 160/1985 y 24/1987, ATC 520/1987-(...)”.

Igualmente ilustrativa en este tema, resulta la Resolución 22/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dictada ante un recurso planteado por el Grupo Municipal de Izquierda Unida del ayuntamiento de Majadahonda, en el que resuelve las dudas que ofrece su legitimación activa, tanto ad causam como ad procesum, concluyendo la falta de ambas, al amparo de la propia doctrina del Tribunal Supremo y Constitucional sobre el concepto de “interés legítimo” (TS, 20 mayo 2008, 4 febrero 1991, 14 octubre 2003, 17 marzo y 30 junio 1995, TC, ST 257/1989 de 22 diciembre, 60/1982, 62/1983,195/1992 ...) y destacando que “La postura más aceptada por la jurisprudencia es que la legitimación para impugnar en la vía judicial la tienen los concejales a título individual y no el Grupo al que pertenecen, en razón a que dichos cuerpos ostentan personalidad jurídica en la actividad “interna corporis” de la Entidad Local pero no para una actividad externa como la procesal.

Así lo expresan Sentencias como la de la de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 14 de Abril de 2010 (Recurso núm. 103/2008), que se refiere a la doctrina general del Tribunal Supremo marcada por la Sentencia de 7 de Febrero de 2007 (Recurso núm. 2946/2003) y otras anteriores.

Esta última Sentencia señala que “No cabe duda de que, como ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en sus Sentencias de fechas 16 de mayo de 1994(recurso de casación 627/1993) (RJ 1994, 3515) y 16 de diciembre de 1999 (recurso de casación

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 8/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

3333/1994) la función de los Grupos Municipales es estrictamente corporativa y se desarrolla en el ámbito interno, sin que puedan sustituir a los Concejales, que los integran, en el ejercicio de sus facultades, entre las que está la emisión del voto y el ejercicio de acciones frente al acuerdo municipal del que expresamente hubiesen discrepado, de manera que el Concejel de un Grupo Municipal, que personalmente hubiese aceptado un acuerdo, no está legitimado para impugnarlo aun cuando el resto o la mayoría del Grupo hubiesen emitido su voto en contra, y, a la inversa, es decir, que, aunque el resto o la mayoría del Grupo de los Concejales del Grupo hubiese contribuido a la adopción del acuerdo, el disidente está legitimado «ex» artículo 63.1 b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para deducir contra él el oportuno recurso Contencioso-Administrativo.” De manera que se reconoce al Grupo Municipal legitimación para sostener acciones judiciales solo si todos y cada uno de sus miembros votaron en contra del acuerdo recurrido y expresaron su decisión de recurrirlo en vía contencioso administrativa, al comprender dentro de la legitimidad procesal contemplada en el precepto del artículo 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local, tanto a los miembros individuales disidentes del Acuerdo, como el grupo municipal, como tal, integrado por tales concejales contrarios al Acuerdo, cuando consta la conformidad de todos ellos para la interposición del recurso, porque como se argumenta “debe considerarse al Grupo Municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los Concejales, que forman el Grupo, está legitimado para impugnar esos acuerdos al haber votado en contra de ellos y expresado su decisión de recurrirlos en vía Contencioso-Administrativa, no cabe negar legitimación al Grupo Municipal, en que legalmente se integran, para sostenerla acción que todos y cada uno de sus miembros desea ejercitar, razón por la que la aducida causa de inadmisibilidad del recurso Contencioso-Administrativo por falta de legitimación del demandante debe ser también rechazada “(STS de 24 de Julio de 1995 Recurso nº 2860/1992). Sin embargo en este caso, ni los integrantes del Grupo Municipal están recurriendo un acuerdo del Ayuntamiento, sino del Consejo Rector del Patronato del Monte del Pilar, ni consta la conformidad de todos los integrantes del grupo para la interposición del recurso.”


De la doctrina jurisprudencial expuesta, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª Respecto a la legitimación de **Grupo Municipal**, señalar que, en este supuesto, la postura seguida es la de denegar la legitimación para impugnación de actuaciones corporativas, al considerarse que ostentan personalidad jurídica en la actividad “interna corporis” de la Entidad Local, pero no para una actividad externa al carecer de personalidad jurídica distinta de sus integrantes, salvo que, en base al art. 63.1b) LBRL, se acredite que todos y cada uno de los miembros integrantes del Grupo muestren su conformidad con la interposición del Recurso. En el presente caso, no hay constancia de que todos y cada uno de los Concejales que conforman el Grupo Municipal hayan mostrado su voluntad de interponer este recurso.

2º) Respecto a la Legitimación de los **Concejales** a título individual ha de reconocerse la legitimación a los mismos para recurrir los actos de las EE.LL, siempre que se dé uno de los siguientes presupuestos:

- Bien que, formando parte del órgano que ha adoptado el acuerdo, hubiese votado en contra.
- Bien que no forme parte del órgano que haya adoptado el acuerdo.

En este punto, señalar que a pesar de los artículos 24.4 del R/D 814/2015 y 63 de la LBRL, parece que sólo estarían legitimados para recurrir un acuerdo aquellos Concejales que hayan votado en contra (lo que sólo sería posible si formasen parte del

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 9/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

órgano), lo que impediría a aquellos Concejales que no estuvieran integrados en órganos no plenarios de la Corporación, como es el caso del Consejo de Gobierno del IMD, estar legitimados a través de la vía de los citados artículos, para impugnarlo.


A este respecto, la STC 173/2004 (reiterada en pronunciamientos posteriores, como en la STC 108/2006) reconoce expresamente la legitimación de un Concejales para impugnar actos de un órgano, aun no formando parte de los mismos:

“La interpretación del precepto acabado de transcribir (art. 63.1b de la LBRL) no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contenciosa administrativa, como si de un aislado -y hasta podría decirse insólito- título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la Corporación Local a que pertenece..., ha de presuponer lógicamente el prius de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias al Ordenamiento en que pudiera incurrir su corporación, de la excepción legal- la del art. 63.1b) de la LBRL- sería una consecuente aplicación.

No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso, por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios y, más aún, cuando es idéntico, en uno y otro caso, el interés en el correcto funcionamiento de la Corporación que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

La especificación a que acaba de hacerse referencia no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e interese legítimos –art. 24.1 Ce-, en el sentido de que, si la Ley alude únicamente a miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás. Más bien, lo lógico es entender lo contrario: que el concejal, por su condición de miembro- no de órgano- del Ayuntamiento, que es a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio para el que es elegido “ mediante sufragio universal, libre, directo y secreto” de los vecinos.., está legitimado para impugnar la actuación de la Corporación a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación, en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación”

Esta interpretación amplia sobre la legitimación de Concejales, ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado la doctrina del TC a este respecto, señalando que: *“Los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los Concejales para impugnar en la vía contenciosa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el art 40 del TRLCSP; sin que su art. 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés – e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez de conseguir*

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 10/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/O0XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, que como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la LBRL”.

A la vista de lo expuesto, se concluye que:

1.- Por lo que se refiere a la **legitimación de la recurrente como Portavoz del Grupo Municipal PARTICIPA SEVILLA** procedería su inadmisión, al no tener constancia de que todos y cada uno de los Concejales integrantes del grupo hayan manifestado la conformidad para la interposición del recurso.

2.- En cuanto a la **legitimación de la recurrente como Concejala**, dado que, como consta en el acta de la sesión del Consejo de Gobierno del IMD de 5 de octubre 2017, no figura como miembro de la mismo, así como que el órgano de contratación, en el informe evacuado, no cuestiona su legitimación, ha de entenderse que está legitimada para impugnar los pliegos y la convocatoria de la presente licitación.

Ahora bien, es necesario examinar cada alegación para determinar la presencia de la legitimación “*ad causam*” en la Concejala recurrente, siempre con el límite establecido por la doctrina constitucional y jurisprudencial relativa a la defensa genérica de la legalidad, a la que hemos hecho referencia.

Aplicando lo anterior a este supuesto, los motivos de impugnación hechos valer por la recurrente son: por un lado, la calificación jurídica del contrato como de gestión de servicios públicos, sujeto a regulación armonizada, cuestionando la existencia de transmisión al concesionario del riesgo operacional (Alegación Cuarta). Por otro lado, en su Alegación Quinta, viene a impugnar la falta de justificación del trámite de urgencia acordado por el órgano de contratación. Por último, en la Alegación Sexta, recurre la convocatoria de licitación por defectos graves en el contenido de la publicación, al haberse producido un error en la convocatoria publicada en el DOUE, así como en el Perfil del Contratante, al haberse indicado la tramitación del expediente como ordinaria en vez de urgente.


Considerando la legitimación de la Concejala desde un punto de vista amplio, cabe entender que la recurrente ostenta un interés legítimo en su Alegación Cuarta, ya que, el hecho de que no se realizase la transmisión del riesgo operacional al concesionario, conllevaría la asunción por parte de la Administración de las consecuencias económicas de la gestión que éste realizara.

Ahora bien, respecto de las Alegaciones Quinta y Sexta, este Tribunal considera que no resulta acreditado, de acuerdo con lo expuesto en este fundamento, el interés de la recurrente más allá de la defensa genérica de la legalidad, puesto que no existe acción pública en el recurso especial en materia de contratación.

Por todo ello, procede admitir la legitimación de la recurrente como Concejala respecto de la Alegación Cuarta e inadmitir por falta de legitimación las alegaciones Quinta y Sexta.

CUARTO.- La interposición del recurso se ha realizado en el plazo legal de 15 días hábiles, previsto en el art. 44.2c) del TRLCSP.

QUINTO.- Antes de entrar en el análisis de las cuestiones de fondo planteadas, procede que este Tribunal se pronuncie sobre la solicitud de medidas cautelares

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 11/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

formulada en el escrito del recurso, dado que las actuaciones impugnadas no hacen referencia al acto de adjudicación (art. 45 TRLCSP).

Literalmente en el OTROSÍ DIGO primero del escrito presentado por la recurrente señala que: *“la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación del contrato por procedimiento abierto de la gestión, explotación y mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de obras del centro deportivo municipal “Virgen de los Reyes”.*

El IMD en el informe remitido a este Tribunal solicita la desestimación de dicha medida cautelar, fundamentándose en la inexistencia de perjuicios y considerando que la continuación del procedimiento, en el momento procedimental en que se encuentra la licitación, no generaría derecho alguno.

Examinada la solicitud de suspensión, observamos, al igual que sostiene el órgano de contratación en su informe, que no se concreta por la recurrente motivo alguno sobre los perjuicios que pudiera producir la no suspensión de la licitación para sí o para terceros. En este sentido el art. 117.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, señala que la interposición de recurso no suspende la ejecución del acto impugnado de forma automática, correspondiendo la ponderación entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causaría al recurrente, para resolver sobre la suspensión.

Este Tribunal considera que al tratarse de una competencia de carácter esencial, regulada en el art. 26.1 c) de la LBRL (instalaciones deportivas de uso público), que afecta a una pluralidad de ciudadanos, y cuya tramitación ha sido declarada urgente por el órgano de contratación, la suspensión del procedimiento podría suponer un perjuicio para los intereses públicos.


Como bien apunta el informe del órgano de contratación, el momento procedimental en el que se encuentra la licitación es el de la presentación de ofertas, del que no se deriva creación de derecho alguno. Además, el art. 43.4 TRLCSP, señala: *“La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por el interesado”.*

A la vista de las consideraciones expuestas, este Tribunal estima que procede la desestimación de la solicitud de suspensión del procedimiento.

SEXTA.- En cuanto a la impugnación del Pliego, la recurrente en su Alegación Cuarta, aduce que los pliegos incurren en causa de nulidad por *“infracción de las normas legales que establecen los requisitos que han de cumplir los contratos de gestión de servicios públicos para merecer la consideración de sujetos a regulación armonizada”.*

Argumenta su impugnación en los siguientes motivos:

- Infracción del régimen jurídico, al considerar que el indicado en los Pliegos, no se corresponde con el señalado en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación, sobre el efecto directo de las nuevas directivas de contratación, de fecha 16 de marzo de 2016.
- Que la Cláusula 14.6 del Pliego, al establecer como obligación del IMD la de garantizar al concesionario la percepción de las prestaciones económicas en los términos económicos convenidos, y su revisión, si corresponde, vulnera el

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 12/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

requisito establecido por la Directiva 2014/23/UE relativo a la transferencia del riesgo operacional que necesariamente ha de darse para que el contrato pueda considerarse de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada.

El órgano de contratación por su parte, sostiene en su informe la correcta aplicación de las normas jurídicas que han de cumplir este tipo de contratos, así como que en los Pliegos se establece de manera clara e inequívoca que la asunción del riesgo le corresponde al contratista (cláusula 14.1 del Pliego de régimen económico de la concesión).

Vista las alegaciones formuladas por la recurrente, este Tribunal, considera que, la cuestión de fondo que se está planteando es la calificación jurídica del contrato que implica la aplicación de un régimen jurídico concreto.

No obstante, de las argumentaciones sostenidas en el escrito por la recurrente, a juicio de este Tribunal, se hace necesario realizar una serie de consideraciones previas a fin de clarificar algunos aspectos relacionados con la interpretación sobre el efecto directo de la Directiva 2014/23/UE del contrato de Concesión de Servicios, en adelante DC, sus consecuencias y la aplicación del régimen jurídico aplicable hasta tanto entre en vigor la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público por que se transpone, entre otras, la citada DC.

En primer lugar, la DC ha introducido una nueva categoría de contrato sujeta a regulación armonizada: la concesión de servicios, la cual no estaba contemplada en el ámbito de la ya derogada Directiva 2004/18/CE.


Al no haberse transpuesto la citada DC en plazo, nos encontramos con la siguiente situación normativa:

- Por un lado, resulta aplicable la nueva categoría contractual, por el efecto directo de la DC.
- Por otro, nos encontramos con un texto normativo interno, constituido fundamentalmente por el TRLCSP, que no contempla la concesión de servicios sujeta a regulación armonizada, sino que regula el contrato de gestión de servicios mediante concesión, como forma de gestión indirecta de servicios, que en ningún caso tienen la consideración de regulación armonizada, aunque susceptible de recurso especial, por contemplarlo el art. 40.1c) TRLCSP

Sin embargo, por aplicación del efecto directo, la consecuencia es que la DC, desplaza al TRLCSP por lo que a la definición de las categorías contractuales se refiere.

De esta forma, la categoría de contrato de gestión de servicios públicos se ve desplazada por la de Concesión de Servicios, siempre que se cumpla con el requisito de la transferencia del riesgo operacional regulado en el art. 5 de la DC. La concurrencia de este requisito será la que determine que estemos ante una Concesión. Para el caso de que no se dela transferencia del riesgo operacional, el contrato tendrá la calificación de un Contrato de Servicios.

Ahora bien, para caracterizar a estos contratos de regulación armonizada, es necesario que se observen los umbrales regulados por la normativa comunitaria. En este sentido, el art. 8 de la DC, considera que el contrato de Concesión de Servicios estará sujeto a regulación armonizada y por tanto será objeto de recurso especial, cuando su valor sea igual o superior a 5.225.000 €, conforme al reglamento UE

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 13/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

2015/2342. Para el caso de tratarse de un Contrato de, tendrá la consideración de regulación armonizada, cuando su valor estimado sea igual o superior a 209.000 €

Obsérvese que en el presente caso, el valor estimado del contrato, según Anexo I del Pliego de cláusulas administrativas particulares es de 114.582.780,00 €.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la Recomendación citada por la recurrente, viene a equiparar la calificación jurídica de Contrato de Concesión de servicios a Contrato de Gestión de servicio público que merece la consideración de regulación armonizada, pero siempre que se den los requisitos establecidos para que tengan tal consideración. Es decir ha interpretado que en el Contrato de Concesión de Servicios de la DC, tiene encaje el Contrato de Gestión de Servicios Públicos en su modalidad de concesión del TRLCSP.

Así mismo, equipara la calificación jurídica de Contrato de Servicio a la de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada, en el caso de no darse el riesgo operacional y superar los umbrales señalados.

En segundo lugar, ante el panorama legislativo al que se ha hecho referencia se plantea el problema del régimen jurídico aplicable a un contrato de Concesión de Servicios sujeto a regulación armonizada.


El denominado efecto directo no implica que las normas internas contenidas en el TRLCSP no sean de aplicación, sino que por el contrario, las mismas han de ser interpretadas de conformidad con las Directivas, es decir, dicha interpretación ha de realizarse, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue (SSTJUE Adaner y otro, de 4 de julio de 2006; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004).

Pues bien, en este sentido la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su apartado 3.1.5.2, señala el Régimen Jurídico aplicable a los Contratos de Gestión de Servicios Públicos que merecen la consideración de regulación armonizada, estableciendo que serán de aplicación: en primer lugar las disposiciones de la Directiva que tengan efecto directo, en segundo lugar, las normas del TRLCSP, que con carácter general se establezcan para los contratos sujetos a regulación armonizada y por último, las normas del TRLCSP correspondientes al Contrato de Gestión de Servicios Públicos.

De todo ello, se extrae que existiendo o no la transmisión del riesgo operacional, en el caso que nos ocupa podría tratarse bien de un Contrato de Servicios (según la Recomendación, de un Contrato de Gestión de Servicios sujeto a regulación armonizada) o bien de un Contrato de Concesión de Servicios (siguiendo la Recomendación de la Junta Consultiva, Contrato de Gestión de Servicio Público que merece la consideración de regulación armonizada), pero en ambos casos sujeto a regulación armonizada, dado el valor estimado del contrato.

Resta por analizar la cuestión más importante para determinar si nos encontramos ante una verdadera concesión conforme a la DC, concretamente, si existe o no transferencia del riesgo operacional.

La definición de riesgo operacional está regulada en el art 5 de la DC: "(...) Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 14/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que impide que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.”

Dicho lo anterior, procede analizar ahora las condiciones previstas en los Pliegos del presente contrato. Observamos en consonancia con lo informado por el órgano de contratación, como en la cláusula relativa al régimen económico de la concesión, se establece: *“El concesionario gestionará el servicio a su riesgo y ventura, y su explotación económica la llevará a fin de manera inteligente y optimizando los recursos disponibles.”*

De igual forma en la cláusula 14.1 se prevé como obligación general del concesionario: *“Ejecutar el contrato a su riesgo y ventura, de conformidad con los Pliegos que rigen la presente licitación, así como prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendidas en las tarifas aprobadas”.*

Así mismo, el Pliego de Prescripciones Técnicas dispone que la gestión y explotación del servicio se asumirá a riesgo y ventura del adjudicatario, al que le corresponderán entre otras, las siguientes obligaciones: poner a disposición de los usuarios los espacios y equipamientos, prestar los servicios con continuidad y regularidad, mantener, limpiar y conservar las instalaciones y equipamientos, equipar las dependencias, etc.

El Pliego de Prescripciones Técnicas al regular la financiación en su punto Séptimo señala: *“El adjudicatario asumirá la financiación de la totalidad de los gastos que suponga la puesta en funcionamiento del centro deportivo por su cuenta y riesgo.”*


El IMD no avalará ninguna operación financiera, ni participará de ningún modo, en la financiación de las obras. Tampoco garantizará al concesionario, de ninguna manera, una recaudación, rendimiento o beneficio mínimo. Todos los gastos de puesta en marcha y formalización de la concesión administrativa serán por cuenta del concesionario”.

La cláusula 14.6 del Pliego de Condiciones Administrativas particulares, relativa a las obligaciones del IMD indica que, *“corresponde al IMD garantizar al concesionario la percepción de las prestaciones económicas en los términos económicos convenidos”.*

Precisamente es en esta Cláusula en la que se basa la recurrente, para cuestionar la existencia de transferencia de riesgo operacional, al entender que con ello se garantiza al adjudicatario la percepción de unos ingresos mínimos, eliminando con ello el citado riesgo.

Este Tribunal no puede compartir con la recurrente su argumentación, pues basta una simple lectura de las condiciones fijadas en los Pliegos para entender que con esta obligación el IMD, se compromete a garantizar al concesionario el derecho a percibir un precio por la gestión del servicio público contratado, en la forma establecida en los Pliegos, es decir, mediante la percepción de las tarifas que serán abonadas por los usuarios, pero sin que en ningún caso se garantice un nivel de ingresos.

Es decir, que el concesionario que resulte adjudicatario percibirá por parte de los usuarios del servicio las tarifas aprobadas, obteniendo más o menos beneficios,

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofía Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 15/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

dependiendo de su gestión. Por otro lado, en este supuesto, el IMD no aporta cantidad alguna al concesionario, por lo que el contrato no sólo no genera ningún gasto a este organismo, sino que además supone un ingreso para el mismo a través del pago de un canon al que se obliga el adjudicatario.

Por todo ello, este Tribunal entiende, sin lugar a duda, que el IMD transfiere el riesgo derivado de la gestión del servicio, debiendo el adjudicatario asumir las posibles pérdidas que pudieran generarse, por ejemplo en el supuesto de que la demanda de usuarios fluctúe, descienda durante la vigencia del contrato respecto de sus previsiones iniciales, los gastos de explotación sean superiores a los estimados, o cualquier otra circunstancia que tuviera dicho resultado. Se cumple pues con lo dispuesto en la DC, para calificar el contrato en cuestión de Concesión de Servicios o de Gestión de Servicios Públicos en su modalidad de concesión que merece la consideración de regulación armonizada.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal considera que procede la desestimación de esta Alegación.

Por último, advertido el error en la publicación de la convocatoria efectuada en el DOUE, así como en el perfil de Contratante, consistente en indicar que la tramitación del expediente es ordinaria en vez de urgente, se **RECOMIENDA** al órgano de contratación que proceda a la corrección de dicho error en los anuncios publicados, sin que ello implique perjuicio alguno para los licitadores ni conlleve consecuencias relativas al plazo de presentación de ofertas, dado que el mismo no ha sido reducido.

Por todo lo anterior,


VISTOS los preceptos legales de aplicación, **este TRIBUNAL**

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada en el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D^a Susana Serrano Gómez Landero.

SEGUNDO.- Inadmitir las Alegaciones Primera, Segunda y Tercera del recurso formulado por D^a Susana Serrano Gómez Landero, como Concejala y Portavoz del Grupo Político Municipal PARTICIPA SEVILLA, contra los acuerdos adoptados por Consejo de Gobierno del IMD de 5 de octubre de 2017, contra los Pliegos y la convocatoria de licitación que rigen el procedimiento abierto tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (IMD) para la contratación de la Gestión, Explotación y Mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de Obras del Centro Deportivo municipal “Virgen de los Reyes”, en relación con las actuaciones impugnadas.

TERCERO.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por, D^a Susana Serrano Gómez Landero, en su calidad de Portavoz del Grupo Político Municipal PARTICIPA SEVILLA contra los Pliegos y la convocatoria de licitación que rigen el procedimiento abierto tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (IMD) para la contratación de la Gestión, Explotación y Mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de Obras del Centro Deportivo municipal “Virgen de los Reyes”.

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 16/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |

CUARTO.- Inadmitir las Alegaciones Quinta y Sexta del recurso especial interpuesto por D^a Susana Serrano Gómez Landero en su calidad de Concejala contra los Pliegos y la convocatoria de licitación que rigen el procedimiento abierto tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (IMD) para la contratación de la Gestión, Explotación y Mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de Obras del Centro Deportivo municipal “Virgen de los Reyes”, relativas a la declaración del procedimiento como urgente y a la convocatoria de licitación por contener dicho error.

QUINTO.- Desestimar la Alegación Cuarta del recurso especial interpuesto por D^a Susana Serrano Gómez Landero en su calidad de Concejala contra los Pliegos y la convocatoria de licitación que rigen el procedimiento abierto tramitado por el Instituto Municipal de Deportes (IMD) para la contratación de la Gestión, Explotación y Mantenimiento mediante concesión administrativa con ejecución de Obras del Centro Deportivo municipal “Virgen de los Reyes”, en relación a la calificación del contrato.


SEXTO.- Recomendar al órgano de contratación la corrección del error advertido en la publicación de la convocatoria de la licitación en el DOUE, en el BOE y en el Perfi del Contratante.

SÉPTIMO.- 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 art. 47.5 del TRLCSP

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso – administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

Sofía Navarro Roda

| | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Seguro De Verificación: | 00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | Estado | Fecha y hora |  |
| Firmado Por | Sofia Navarro Roda | Firmado | 24/11/2017 14:32:29 | |
| Observaciones | | Página | 17/17 | |
| Url De Verificación | https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/00XWzuQ2/43/1yajqG1Q5g== | | | |