RE 089/2018

Acuerdo 86/2018, de 11 de septiembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "TORERO 2000, S.L.", frente al procedimiento de licitación denominado «Concesión demanial temporal de ocupación y utilización de unos terrenos destinados al montaje, explotación y programación de actividades culturales, artísticas, recreativas, festivas, de ocio y las de hostelería directamente a ellas vinculadas en un recinto a ubicar en parte de terrenos sitos en el área 4 del Polígono Actur Puente de Santiago», promovido por la "Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U.".

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Zaragoza publicó, el día 13 de julio de 2018 en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, la aprobación de las condiciones que rigen la «Concesión demanial temporal de ocupación y utilización de unos terrenos destinados al montaje, explotación y programación de actividades culturales, artísticas, recreativas, festivas, de ocio y las de hostelería directamente a ellas vinculadas en un recinto a ubicar en parte de terrenos sitos en el área 4 del Polígono Actur Puente de Santiago», el mismo anuncio, encarga a la "Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U.", la realización de las actuaciones detalladas en las condiciones y requisitos aprobados. El mencionado día también se publicó en el Perfil del Contratante del

Ayuntamiento de Zaragoza el anuncio de licitación correspondiente. En esa misma fecha se daba acceso al Pliego de Condiciones que rigen la licitación. El plazo para la presentaciones de proposiciones estaba fijado en veinte días naturales a contar desde el siguiente a la mencionada publicación, finalizando a las 14 horas del día 2 de agosto de 2018.

Segundo.- Consecuencia de la práctica de una serie de aclaraciones sobre diversas cuestiones relativas al pliego de condiciones que rige el procedimiento de adjudicación, se acordó una ampliación del plazo para presentación de ofertas, a través de anuncio insertado al efecto en el Perfil del Contratante con fecha 27 de julio de 2018.

Tercero.- A la licitación concurrieron las siguientes empresas:

- "PAM HOSTELEROS, S.L.";
- "FERIAS LANZUELA, S.L."; y,
- "TORERO 2000, S.L." en UTE con "INFRAESTRUCTURAS Y DESARROLLOS DE ESPECTACULOS Y ACONTECIMIENTOS, S.L.".

Cuarto.- Con fecha 17 de agosto de 2018, la mercantil **"**TORERO 2000, S.L.", interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal frente al pliego de condiciones del procedimiento referido en el encabezamiento de este acuerdo, lo que se comunicó el día 20 del mismo mes al órgano de contratación, requiriéndose la remisión del expediente administrativo y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), siendo remitido el 22 de agosto del corriente.

Se solicita en el citado recurso que se anulen los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación referido y la suspensión cautelar del procedimiento.

Así, en primer lugar, se invoca la falta de publicidad del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, exigencia que fundamenta la recurrente en el hecho de que el negocio ha sido indebidamente calificado, y que, de haber sido calificado correctamente, la licitación debería haber sido objeto de publicación en dicho Diario.

En segundo lugar, se invoca como motivo del recurso la existencia de una vulneración del procedimiento legalmente establecido, por haber tramitado el expediente como una concesión demanial, en lugar de seguir los trámites propios de un contrato administrativo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en todos sus extremos, lo que a su juicio determina la nulidad del procedimiento con arreglo a lo previsto en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), al que remite el artículo 39.1 de la LCSP.

También se basa el recurso en una vulneración de la exigencia de determinar con claridad los elementos esenciales del contrato, concretamente se refiere la recurrente a la clausula 6.2 del pliego relativa a los ingresos procedentes de la publicidad en concepto de patrocinios, que fue objeto de la solicitud de aclaración por otra mercantil.

Por otro lado, se denuncia que ha habido vulneración de la libre competencia en relación a una indebida regulación de los patrocinios.

En su informe, el órgano de contratación opone en primer lugar que el recurso es extemporáneo dado que los pliegos se pusieron a disposición de los licitadores el 13 de julio de 2018 en el Perfil del Contratante, por lo que habiendo sido interpuesto el recurso el día 17 de agosto de 2018 lo ha sido transcurrido el plazo legal. Además señala que en el mismo día 17 de agosto de 2018, la recurrente ha presentado oferta en el procedimiento de licitación correspondiente, por lo que debe entenderse que acepta todas las condiciones establecidas en la licitación y en el contrato. Asimismo se opone a la suspensión solicitada por los argumentos que obran en el informe, los cuales se dan aquí por reproducidos.

Quinto.- Con fecha 23 de agosto de 2018, se otorga trámite de audiencia a la recurrente y resto de interesados, por plazo de cinco días –de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Pu□blico de Arago□n, (en adelante, LMMCSPA)– sobre la posible existencia de una causa de inadmisión del recurso, sin que se hayan presentado alegaciones al respecto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia del recurso especial en materia de contratación ya que el órgano de contratación ha calificado el contrato que ahora se recurre, de concesión demanial.

De tratarse de una concesión demanial, no se encontraría incluido entre los contratos enumerados en el artículo 9 de la LCSP como susceptibles del recurso especial en materia de contratación, lo que conllevaría la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

La recurrente sostiene que estamos ante un contrato incluido en el ámbito de aplicación del recurso especial, por tratarse en realidad de un contrato de servicios o, subsidiriamente, una concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros.

En relación a la posibilidad de que realmente se pueda estar ante un contrato de servicios en lugar de una concesión demanial, como ha sido calificado por el órgano de contratación, hay que señalar que del clausulado del documento que rige la licitación se desprende claramente que el negocio objeto del presente en modo alguno tiene encaje con el contrato de servicios definido en el artículo 17 de la LCSP, según el cual:
«Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario».

Y ello en virtud del régimen juridico establecido en el clausulado del pliego de condiciones, y de manera fundamental a la cláusula 6ª dedicada al régimen económico, la cual señala que:

«6. RÉGIMEN ECONÓMICO.

***6.1.** El adjudicatario gestionará el recinto a su riesgo y ventura. Por ello no tendrá, en ningún caso, derecho a la adopción de medidas tendentes al restablecimiento del equilibrio económico.*

El adjudicatario percibirá la totalidad de los ingresos que se generen por la venta de entrada y demás títulos que incorporen el derecho de asistencia a los espectáculos, así como los ingresos procedentes de las actividades complementarias de hostelería.

Serán por cuenta del adjudicatario la totalidad de los gastos que, en cualquier concepto, se generen por la explotación del recinto.

***6.2.** Los ingresos procedentes de la publicidad den concepto de patrocinios que se efectúe en el interior de la instalación corresponderán al adjudicatario. No obstante, ello se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de las limitaciones que el Ayuntamiento pueda imponer, al objeto de respetar los derechos derivados de relaciones de patrocinio, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 10.8 de este documento de condiciones.*

El adjudicatario podrá gestionar la realización de todo tipo de publicidad, esponsorización o patrocinio para la promoción del recinto y sus actividades.

Queda prohibida la explotación de publicidad comercial dentro del recinto, excepto la incluida en los contratos de patrocinio y previa autorización municipal».

Así, dado que la naturaleza del contrato de servicios exige que el contratista no asuma el riesgo de explotación del servicio, siendo que el régimen jurídico establecido en la cláusula antes citada configura un sistema de retribución consistente en el derecho a explotar el servicio (acompañado de un pago) unido a la asunción por el contratista del

riesgo operacional en la explotación del servicio, determina la incompatibilidad de tal negocio con la naturaleza del contrato de servicios, por lo que no puede admitirse la pretensión de la recurrente.

En relación a la pretensión subsidiria de la recurrente de que se considere que el negocio objeto del recurso es –en realidad– una concesión de servicios con un valor estimado superior a tres millones de euros, a efectos de la accesibilidad al recurso especial en materia de contratación, sin necesidad de analizar la calificación jurídica del negocio, este Tribunal comprueba que teniendo en cuenta el canon anual establecido en el pliego de 270.035,00 euros por cada período anual de ocupación y el plazo máximo de duración del contrato, que es de dos años, prorrogable por un año más, siendo posible una segunda prórroga por el tiempo que reste hasta completar el plazo de los cuatro años de duración de la cesión del espacio área 4 del Polígono Actur Puente de Santiago (cláusula 5ª del pliego), ello determinaría que su valor estimado no alcance en ningún caso el umbral de tres millones de euros, establecido en el artículo 44.1.c) de la LCSP.

La recurrente, no obstante, sostiene que el valor estimado del contrato supera los 9 millones de euros, si bien a este respecto se limita a realizar una mera afirmación y enumeración de datos, sin ofrecer prueba alguna.

Y sobre esta cuestión de la carga de la prueba este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas ocasiones señalando que a cada parte le incumbe probar aquellos hechos que invoca en su provecho, por todos, cabe citar el Acuerdo 70/2018.

Por el contrario, consta un informe técnico-económico (folios 2 y 3 del expediente) relativo al importe a satisfacer por la adjudicación de la concesión demanial objeto del presente recurso, coincidente con la cuantía fijada en la clausula del pliego de condiciones que rige la licitación, en 270.035,00 euros en concepto de canon de licitación anual. Por tanto, multiplicado este canon por los años de duración del contrato más las prórrogas, hay que concluir que el valor estimado está alejado del umbral que posibilita el acceso al recurso especial.

A mayor abundamiento figura en el pliego, en concreto, en la cláusula 15.3.2.5ª relativa a la solvencia económica, que los licitadores han de acreditar que un volumen de negocio mínimo para concurrir a la presente licitación, cifrado en 400.000 euros anuales. De forma tal, que puesta en relación esa cifra con lo dispuesto en el artículo 87.1.a) de la LCSP, donde se señala que «*El volumen de negocios mínimo anual exigido no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato*», se concluye que no se alcanza en ningún caso el umbral de los tres millones de euros establecido en el artículo 44.1.c) de la LCSP para acceder al recurso especial.

Por lo tanto, nos encontramos ante un negocio no susceptible de recurso especial por razón de la cuantía y procede, en consecuencia, declarar la inadmisión del recurso sin entrar a examinar los demás requisitos de acceso ni los argumentos de fondo aducidos en el mismo.

Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la LPAC, de conformidad con el cual «*el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*», al

órgano de contratación le corresponde determinar si procede admitir su tramitación como recurso administrativo.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial, presentado por "TORERO 2000, S.L.", frente al procedimiento de licitación denominado «Concesión demanial temporal de ocupación y utilización de unos terrenos destinados al montaje, explotación y programación de actividades culturales, artísticas, recreativas, festivas, de ocio y las de hostelería directamente a ellas vinculadas en un recinto a ubicar en parte de terrenos sitos en el área 4 del Polígono Actur Puente de Santiago», promovido por la "Sociedad Municipal Zaragoza Cultural, S.A.U.".

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo

sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.