



**Recurso nº 431/2016 C. Valenciana 97/2016**

**Resolución nº 480/2016**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de junio de 2016

**VISTO** el recurso presentado por D. A.F., contra la resolución de la Concejal-Delegada de Contratación del Ayuntamiento de Benidorm y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas que rigen el contrato de “Gestión de Servicio Público de Actividades Lúdicas a prestar en las playas del Municipio de Benidorm”, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 17 de mayo de 2016, se publica en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, el anuncio de licitación del contrato de “Gestión de Servicio Público de Actividades Lúdicas a prestar en las playas del Municipio de Benidorm”.

**Segundo.** Disconforme con el contenido de los pliegos D. A.F., en su propio nombre, interpone recurso especial en materia de contratación. Alega que la solvencia técnica que se exige a las empresas es excesiva, generando una situación de desigualdad y de exclusión inmediata de muchos de los eventuales licitadores. Añade que existe un total desconocimiento de la ubicación exacta de las actividades, lo que imposibilita el estudio de viabilidad de cada lote. En tercer lugar, la exigencia de contar con un atraque comercial en el puerto de Benidorm supone un perjuicio al imponer un puerto base. Por último, denuncia que existe confusión en los pliegos entre el plazo de temporada y el de actividad.

**Tercero.** El órgano de contratación ha emitido informe al recurso presentado. Solicita la inadmisión del recurso por cuanto el artículo 40.1.c) del TRLCSP sólo prevé el recurso especial en los contratos de gestión de servicio público cuando 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. En la licitación impugnada, el plazo de duración es de dos años, prorrogable por dos años más.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para resolver corresponde este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Generalitat Valenciana, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

**Segundo.** Dado que el órgano de contratación ha solicitado la inadmisión del recurso por no alcanzarse los umbrales previstos en el TRLCSP, hay que resolver esta cuestión con carácter previo.

Como es sabido, el 26 de febrero de 2014 se aprobaron las Directivas 2014/23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre adjudicación de contratos de concesión, sobre contratación pública y sobre contratación de entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente. El plazo de transposición de las mismas expiró el 18 de abril de este año. Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas, en el TRLCSP.

Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dichos requisitos son los siguientes:

-Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.

-Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación. El efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

La Directiva 2014/23, regula por primera vez los contratos de concesión de servicios, los cuales hasta ahora no estaban sujetos a contratación armonizada. Señala en su artículo 8.1 que se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000 EUR (5.225.000 euros tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión). Añade el punto 2 que el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

Por su parte, el artículo 46 modifica la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. De acuerdo con esta modificación queda ampliado el ámbito de aplicación del recurso administrativo especial en materia de contratación en lo que se refiere a los contratos de gestión de servicios públicos.

Sobre la cuestión, se ha publicado por Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Asimismo, el 1 de marzo de 2016 se aprobó un documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

Ambos documentos consideran de aplicación directa las disposiciones de la Directiva en materia de recurso especial en materia de contratación, desplazando lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La razón es que se cumplen las condiciones para dicha aplicación directa, pues contienen un mandato claro, preciso e incondicionado y no se deja margen a los Estados miembros para que puedan o no incorporar su contenido en este aspecto a su legislación.

Los documentos citados carecen de carácter vinculante, pero aplicamos la doctrina contenida en ellos, por ser una interpretación razonable y difícilmente discutible de las

normas. Por tanto, la inadmisión del recurso no puede proceder del contenido de la redacción del artículo 40.c) en lo que se refiere al plazo de duración del contrato, pues la Directiva 2014/23 no considera más que el valor económico de la concesión para la sujeción de estos contratos a su regulación.

Queda por ver si el valor de la concesión es superior a 5.225.000 €. Del examen de los pliegos resulta que no se ha realizado la valoración del contrato de acuerdo con las previsiones de la Directiva. No obstante, puede afirmarse que no supera el umbral establecido. En efecto, según el artículo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas, las actividades que pueden desarrollarse por el concesionario son:

1. Plataformas de juegos flotantes y dos puntos de información
2. Alquiler de hidropedales/kayaks/paddle surf
3. Alquiler de flybord y punto de información
4. Excursiones con motos acuáticas y punto de información
5. Arrastre con banana, flyfish, paracaídas y punto de información
6. Punto de información para la concesión administrativa de cable sky
7. Punto de información para excursiones marítimas a la Isla de Benidorm con embarcación grande (más de 15 metros de eslora)
8. Punto de información para concesión administrativa de excursiones marítimas; alquiler de embarcaciones de menos de 15 metros de eslora y actividades subacuáticas

En el artículo 3 se fija el canon mínimo anual que ha de abonar la concesionaria para cada una de las actividades descritas lo que supone un total de 98.000€ anuales, cantidad que multiplicada por las 4 posibles anualidades daría un valor estimado de 392.000€. Aún considerando que ese canon mínimo será mejorado por los licitadores y que ha de añadirse también un margen de beneficio para el concesionario por el desarrollo de la actividad, parece que el valor de la concesión queda muy lejos de los 5.225.000 euros que dan acceso al recurso especial en materia de contratación, teniendo en cuenta además que la concesión se explota sólo durante seis meses al año.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Inadmitir el recurso interpuesto por D. A.F., contra la resolución de la Concejal-Delegada de Contratación del Ayuntamiento de Benidorm y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas que rigen el contrato de “Gestión de Servicio Público de Actividades Lúdicas a prestar en las playas del Municipio de Benidorm”.

**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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 11.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.