

**Recurso nº 90/2018****Resolución nº 83/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN  
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D.P.S.L. actuando en nome e representación de CDM TOLAIS VENTURES S.L. contra o acto de adxudicación da concesión do uso privativo de dominio público dos locais destinados á venda de recordos, souvenirs e artesanía nas inmediacións do faro de Fisterra (Monte do Cabo), do Concello de Fisterra, o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

**ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** Polo Concello de Fisterra convocouse o procedemento para a adxudicación da concesión do uso privativo de dominio público dos locais destinados á venda de recordos, souvenirs e artesanía nas inmediacións do faro de Fisterra (Monte do Cabo). Foi obxecto de publicación no BOP do 29.06.2018.

**Segundo.-** O recorrente impugna o acordo de adxudicación, por entender que se vulneraron gravemente diversos principios da contratación pública ao longo do procedemento e pola falta de motivación do acordo de adxudicación.

**Terceiro.-** En data 13.09.2018 CDM TOLAIS VENTURES S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

**Cuarto.-** Con data 14.09.2018 reclamouse ao concello de Fisterra o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A última documentación ao respecto foi recibida neste Tribunal o día 25.09.2018.

**Quinto.-** En sesión do 20.09.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión automática do artigo 53 LCSP.

## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

**Terceiro.-** O recorrente participou no procedemento, polo que argumentando diversos vicios durante a súa tramitación e a falta de motivación do acordo impugnado, está lexitimado *ad procesum* para a interposición deste recurso.

**Cuarto.-** O acordo impugnado foi notificado o día 23.08.2018 polo que sendo presentado o recurso o día 13.09.2018 o mesmo foi interposto en prazo.

**Quinto.-** O presente procedemento de adxudicación definiuse como concesión de uso privativo de dominio público e así aparece configurada no PCAP. O artigo 9 da LCSP exclúe expresamente este tipo de procedementos do seu ámbito da aplicación, indicando:

*“1. Encóntranse excluídas da presente lei as autorizacións e concesións sobre bens de dominio público e os contratos de explotación de bens patrimoniais distintos aos definidos no artigo 14, que se regularán pola súa lexislación específica, salvo nos*



*casos en que expresamente se declaren de aplicación as prescricións da presente lei.”*

No mesmo sentido, o artigo 44 respecto aos actos impugnables a través deste recurso especial non fai referencia ás concesións de dominio público ao sinalar:

*“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos e decisións relacionados no número 2 deste mesmo artigo, cando se refiran aos seguintes contratos que pretendan concertar as administracións públicas ou as restantes entidades que teñan a condición de poderes adxudicadores:*

*a) Contratos de obras cuxo valor estimado sexa superior a tres millóns de euros, e de subministración e servizos que teñan un valor estimado superior a cen mil euros.*

*b) Acordos marco e sistemas dinámicos de adquisición que teñan por obxecto a subscripción dalgún dos contratos tipificados na letra anterior, así como os contratos baseados en calquera deles.*

*c) Concesións de obras ou de servizos cuxo valor estimado supere os tres millóns de euros.*

*Poderase igualmente recorrer contra os contratos administrativos especiais cando, polas súas características, non sexa posible fixar o seu prezo de licitación ou, noutro caso, cando o seu valor estimado sexa superior ao establecido para os contratos de servizos.*

*Así mesmo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os contratos subvencionados a que se refire o artigo 23 e as encargas cando, polas súas características, non sexa posible fixar o seu importe ou, noutro caso, cando este, tendo en conta a súa duración total máis as prórrogas, sexa igual ou superior ao establecido para os contratos de servizos.”*

Á vista destes artigos, procedería a inadmisión do recurso por incompetencia deste Tribunal.

Se ben o recorrente non discute que nos atopemos ante unha concesión de dominio público, procede que este Tribunal determine a verdadeira natureza do procedemento en cuestión, xa que non corresponde declarar a inadmisibilidade do recurso pola súa mera denominación formal nos pregos e nos anuncios da licitación.



O primeiro que cabe salientar é que, se ben o PCAP determina que nos atopamos ante unha concesión de dominio público, tamén recolle a mención de que o “*contrato terá natureza administrativa especial*”, polo que debemos diferenciar se nos atopamos ante unha ou outra figura aos efectos de determinar a competencia deste Tribunal.

A cláusula 1 do PCAP sinala como obxecto do contrato:

*“a concesión do uso privativo independente de cada un dos locais de dominio público e identificados como Local 1 e Local 2 no Anexo I do presente prego, para a venda de recordos, souvenirs e artesanía (excluídos os produtos alimenticios) e sitios nas inmediacións do Faro de Fisterra (Monte do Cabo).”*

A cláusula 5 prevé o pago ao Concello polo concesionario dun canon por cada un dos locais e a cláusula 8 sinala respecto á situación do concesionario:

*“O arrendatario está obrigado a conservar en perfecto estado as obras e instalacións destinándoas exclusivamente ao uso pactado, a realizar pola súa conta todas as reparacións e revisións necesarias, respondendo incluso dos deterioros producidos polos usuarios e a devolvelos, ao rematar o contrato no mesmo estado no que se recibiron...”*

Da lectura destas cláusulas parece claro que nos atopamos ante un contrato patrimonial polo que se pretende outorgar ao adxudicatario un título habilitante para a utilización privativa dun ben de dominio público, de conformidade co previsto na Lei 33/2003 de Patrimonio das Administracións Públicas.

Ao respecto da diferenza entre contratos patrimoniais e contratos administrativos xa se pronunciou, por exemplo, a Xunta Consultiva de Contratación de Aragón que no seu Informe 25/2008 sinalaba:

*“De manera que no es posible afirmar ya, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos de contratos como los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que conforme al art. 4.1 p) LCSP tienen siempre el carácter de privados y se rigen por la legislación patrimonial. Es decir, están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.”*



Pola súa banda, os contratos administrativos especiais teñen a súa configuración prevista no artigo 25.2 da LCSP que recolle como contratos administrativos:

*“b) Os contratos declarados así expresamente por unha lei e aqueloutros de obxecto distinto aos expresados na letra anterior, pero que teñan natureza administrativa especial por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia daquela.”*

Neste sentido, non se nos aparece que nesta licitación nos atopemos ante unha actividade vinculada ao xiro específico da Administración nin que satisfaga, aínda indirectamente unha finalidade pública da súa concreta competencia.

Polo tanto, atopándonos ante unha concesión de dominio público e, como tal allea ao ámbito da LCSP, procede inadmitir o recurso presentado (no meso sentido, Acordo 86/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En consecuencia, con base no establecido nos apartados a) e c) do artigo 55 LCSP procede declarar a inadmisión deste recurso especial por incompetencia do TACGal e por non tratarse dun acto susceptible de recurso conforme ao artigo 44.2.b) LCSP. A estes efectos, tal artigo 55 establece:

*“O órgano encargado de resolver o recurso, tras a reclamación e o exame do expediente administrativo, poderá declarar a súa inadmisión cando constar de modo inequívoco e manifesto calquera dos seguintes supostos:*

*a) A incompetencia do órgano para coñecer do recurso.*

*c) A interposición do recurso contra actos non susceptibles de impugnación, de conformidade co disposto no artigo 44.”*

En todo caso, en virtude do artigo 115.2 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas procede remitir o escrito de recurso á entidade contratante ao obxecto de que proceda, no seu caso, á súa tramitación como recurso administrativo, de acordo co previsto no Capítulo II do Título V desa Lei.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir** o recurso interposto por CDM TOLAIS VENTURES S.L., contra o acto de adxudicación da concesión do uso privativo de dominio público dos locais destinados á venda de recordos, souvenirs e artesanía nas inmediacións do faro de Fisterra (Monte do Cabo), do Concello de Fisterra.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Remitir o escrito de recurso á Administración contratante ao obxecto de que proceda, no seu caso, á súa tramitación como recurso administrativo, de acordo co previsto no Capítulo II do Título V da LPACAP.

4. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.