

Recurso nº 90/2018

Resolución nº 83/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.P.S.L. actuando en nombre y representación de CDM TOLAIS VENTURES S.L. contra el acto de adjudicación de la concesión del uso privativo de dominio público de los locales destinados a la venta de recuerdos, souvenirs y artesanía en las inmediaciones del faro de Fisterra (Monte del Cabo), del Ayuntamiento de Fisterra, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Fisterra se convocó el procedimiento para la adjudicación de la concesión del uso privativo de dominio público de los locales destinados a la venta de recuerdos, souvenirs y artesanía en las inmediaciones del faro de Fisterra (Monte del Cabo). Fue objeto de publicación en el BOP del 29.06.2018.

Segundo.- El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación, por entender que se vulneraron gravemente diversos principios de la contratación pública a lo largo del procedimiento y por la falta de motivación del acuerdo de adjudicación.

Tercero.- En fecha 13.09.2018 CDM TOLAIS VENTURES S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Cuarto.- Con fecha 14.09.2018 se reclamó al ayuntamiento de Fisterra el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La última documentación al respecto fue recibida en este Tribunal el día 25.09.2018.

Quinto.- En sesión del 20.09.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión automática del artículo 53 LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 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 organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- El recurrente participó en el procedimiento, por lo que argumentando diversos vicios durante su tramitación y la falta de motivación del acuerdo impugnado, está legitimado *ad procesum* para la interposición de este recurso.

Cuarto.- El acuerdo impugnado fue notificado el día 23.08.2018 por lo que siendo presentado el recurso el día 13.09.2018 el mismo fue interpuesto en plazo.

Quinto.- El presente procedimiento de adjudicación se definió como concesión de uso privativo de dominio público y así aparece configurada en el PCAP. El artículo 9 de la LCSP excluye expresamente este tipo de procedimientos de su ámbito de aplicación, indicando:

“1. Se encuentran excluidas de la presente ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente ley.”

En el mismo sentido, el artículo 44 respecto a los actos impugnables a través de este recurso especial no hace referencia a las concesiones de dominio público a señalar:

“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones relacionados en el número 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las administraciones públicas o las restantes entidades que tengan la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios que tengan un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la suscripción de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Se podrá igualmente recurrir contra los contratos administrativos especiales cuando, por sus características, no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior al establecido para los contratos de servicios.

Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 y los encargos cuando, por sus características, no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, habida cuenta su duración total más las prórrogas, sea igual o superior al establecido para los contratos de servicios.”

A la vista de estos artículos, procedería la inadmisión del recurso por incompetencia de este Tribunal.

Si bien el recurrente no discute que nos encontremos ante una concesión de dominio público, procede que este Tribunal determine la verdadera naturaleza del procedimiento en cuestión, ya que no corresponde declarar la inadmisibilidad del recurso por su mera denominación formal en los pliegos y en los anuncios de la licitación.

Lo primero que cabe destacar es que, si bien el PCAP determina que nos encontramos ante una concesión de dominio público, también recoge la mención de que el *“contrato tendrá naturaleza administrativa especial”*, por lo que debemos diferenciar si nos encontramos ante una u otra figura a los efectos de determinar la competencia de este Tribunal.

La cláusula 1 del PCAP señala como objeto del contrato:

“la concesión del uso privativo independiente de cada uno de los locales de dominio público e identificados como Local 1 y Local 2 en el Anexo I del presente pliego, para la venta de recuerdos, souvenirs y artesanía (excluidos los productos alimenticios) y sitios en las inmediaciones del Faro de Fisterra (Monte del Cabo).”

La cláusula 5 prevé el pago al Ayuntamiento por el concesionario de un canon por cada uno de los locales y la cláusula 8 señala respecto a la situación del concesionario:

“El arrendatario está obligado a conservar en perfecto estado las obras e instalaciones destinándolas exclusivamente al uso pactado, a realizar por su cuenta todas las reparaciones y revisiones necesarias, respondiendo incluso de los deterioros producidos por los usuarios y a devolverlos, al finalizar el contrato en el mismo estado en el que se recibieron...”

De la lectura de estas cláusulas parece claro que nos encontramos ante un contrato patrimonial por lo que se pretende otorgar al adjudicatario un título habilitante para la utilización privativa de un bien de dominio público, de conformidad con lo previsto en la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Al respecto de la diferencia entre contratos patrimoniales y contratos administrativos ya se pronunció, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación de Aragón que en su Informe 25/2008 señalaba:

“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.”

Por su parte, los contratos administrativos especiales tienen su configuración prevista en el artículo 25.2 de la LCSP que recoge como contratos administrativos:

“b) Los contratos declarados así expresamente por una ley y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.”

En este sentido, no se nos aparece que en esta licitación nos encontremos ante una actividad vinculada al giro específico de la Administración ni que satisfaga, aun indirectamente una finalidad pública de su concreta competencia.

Por lo tanto, encontrándonos ante una concesión de dominio público y, como tal ajena al ámbito de la LCSP, procede inadmitir el recurso presentado (en el mismo sentido, Acuerdo 86/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En consecuencia, con base en lo establecido en los apartados a) y c) del artículo 55 LCSP procede declarar la inadmisión de este recurso especial por incompetencia del TACGal y por no tratarse de un acto susceptible de recurso conforme al artículo 44.2.b) LCSP. A estos efectos, tal artículo 55 establece:

“El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y el examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos:

la) La incompetencia del órgano para conocer del recurso.

c) La interposición del recurso contra actos no susceptibles de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.”

En todo caso, en virtud del artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas procede remitir el escrito de recurso a la entidad contratante al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de esa Ley.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Inadmitir** el recurso interpuesto por CDM TOLAIS VENTURES S.L., contra el acto de adjudicación de la concesión del uso privativo de dominio público de los locales destinados a la venta de recuerdos, souvenirs y artesanía en las inmediaciones del faro de Fisterra (Monte del Cabo), del Ayuntamiento de Fisterra.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Remitir el escrito de recurso a la Administración contratante al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPACAP.

4. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.

