

**Recurso 90/2020**

**Resolución 185/2020**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA  
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 1 de junio de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **A.F.G.G. Y OTROS** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el concurso para la adjudicación de la “Concesión demanial para uso privativo de puestos de venta vacantes en los mercados municipales de Almería”, convocado por el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 10 de enero de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de convocatoria para la adjudicación del concurso citado en el encabezamiento de esta resolución, con un plazo de duración de treinta años.

**SEGUNDO.** De conformidad con la cláusula dos del pliego de cláusulas administrativas particulares “*La concesión administrativa a la que se refiere el presente Pliego se regirá por las disposiciones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, modificada por la Ley 5/2010, de 11 de*

*junio, de autonomía local de Andalucía y su Reglamento aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero. Y en su defecto por la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.*

**TERCERO.** Con fecha 5 de febrero de 2020, tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Almería, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.F.G.G., Y OTROS .

**CUARTO.** Mediante oficio con entrada en el registro de este Tribunal el 3 de marzo de 2020 el Ayuntamiento remite el recurso, informe al mismo junto con el expediente y los datos de comunicación de los licitadores.

**QUINTO.** La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisión del recurso, procede analizar si el contrato se encuentra sujeto al recurso especial y por ende, si este Tribunal tiene competencia para su resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Dicho artículo establece que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten 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 tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración 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.*

*Serán igualmente recurribles 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 a lo 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 éste, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”.*

A este respecto, en la cláusula primera del pliego, objeto del contrato, naturaleza y régimen jurídico, se indica que *“El presente pliego tiene por objeto la concesión demanial de USO PRIVATIVO DE LOS PUESTOS VACANTES EN LOS DISTINTOS MERCADOS MUNICIPALES DE ABASTOS DE ALMERÍA, cada uno de los cuales constituirá un lote y deberán ser destinados por los adjudicatarios a la exposición y venta de los artículos, de acuerdo con los establecido en el ANEXO I y en el artículo 29 de la Ordenanza reguladora de los Mercados Municipales Minoristas de la Ciudad de Almería (en adelante OMMA), aprobada por Acuerdo de Pleno de fecha 14 de octubre de 2011 (BOP 21-2-2012)”.*

Sobre el régimen jurídico del contrato en la cláusula segunda del pliego se dispone, como antes hemos señalado en los antecedentes, que se regirá en primera instancia por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía

En este sentido, el artículo 9 de la Ley de Contratos del Sector Público bajo el título *“Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial”*, dispone en su apartado 1 que *“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.”*

Pues bien, cabe señalar respecto de esta cuestión que a diferencia de otros recursos presentados ante este Tribunal (Resoluciones 276/2018, de 4 de octubre y 203/2019, de 25 de junio) en los que el análisis de



la naturaleza de la relación entre el órgano convocante y los licitadores formaba parte de la pretensión esgrimida en el recurso, en el presente caso los recurrentes no plantean dicha cuestión. En efecto, en el escrito de recurso no se alega que el pliego sea incorrecto por una indebida configuración del mismo en cuanto a la naturaleza de dicha relación, reclamando que se configure como un contrato sometido a la LCSP.

No obsta a ello el que en el recurso se aleguen determinadas infracciones de la LCSP, ya que el propio pliego establece en su cláusula primera la aplicación de la LCSP a la preparación y adjudicación del contrato. En efecto, el hecho de que a efectos procedimentales, un pliego para la adjudicación de una concesión demanial establezca la aplicación de la LCSP no la convierte a priori en un contrato de los sometidos a la LCSP.

Pues bien partiendo de esta circunstancia, es decir, que los recurrentes no plantean que la relación deba configurarse como un contrato de los sujetos a la LCSP, únicos sobre los que cabe presentar recurso especial, hemos de señalar que este Tribunal se encuentra vinculado al principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP), que se encuentra relacionado con la prohibición de *reformatio in peius* (artículo 119.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Como señala el Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia 310/2005, de 12 de diciembre, *“La denominada reforma peyorativa tiene lugar cuando la parte recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación jurídica creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la decisión judicial que resuelve el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 232/2001, de 10 de diciembre, FJ 5).”*.

Por su parte, también es doctrina del Tribunal Supremo, como expone en su Sentencia de 29 de enero de 2008, Sala Tercera, que *“La prohibición o interdicción de la reforma en los términos expuestos constituye un principio procesal ampliamente admitido por la jurisprudencia de esta Sala en interpretación del artículo 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo (entre otras sentencias las de 12 de diciembre de 1990, 23 de octubre de 1991 y 15 de abril de 1992 ). Se ha sentado que al resolver un recurso de reposición no cabe agravar la situación de la parte que recurre. Actualmente se encuentra plasmado con un carácter más*



*general en el párrafo segundo del artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en cuanto a los recursos administrativos de la forma que expresa el artículo 113.3 in fine de la misma Ley, que sigue la línea de la ley procedimiento anterior al establecer que en ningún caso puede agravarse la situación inicial del recurrente.*

*Se reputa, por tanto, una garantía del régimen de los recursos fuere en vía jurisdiccional como administrativa que encuentra su apoyo en el principio dispositivo e, incluso en la interdicción de la indefensión y en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE ). Es evidente que si se aceptase que los órganos competentes para resolver los recursos pueden modificar de oficio, en perjuicio de los recurrentes, la resolución impugnada por éstos, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos.”.*

Pues bien, si este Tribunal procediera a la recalificación de la relación jurídica cuando no se ha planteado por los recurrentes podría incurrir en incongruencia y en reformatio in peius. En efecto, ha de tenerse en cuenta que algunas de las pretensiones se refieren a cuestiones que figuran en el pliego difícilmente compatibles con la LCSP, como por ejemplo la prioridad en la adjudicación de los actuales adjudicatarios, limitándose la impugnación a la forma de ponderación de los puntos respecto de la oferta económica que se presente por persona ajena a los actuales adjudicatarios; o cuando se plantea que al ser una concesión debe estar sujeta al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y no a IVA, como necesariamente tendría que ser en el caso de que nos encontráramos ante un contrato de la LCSP.

A la vista de todo lo argumentado, dejando pues impregunada la naturaleza patrimonial o contractual de la relación jurídica que se entablaría entre el órgano convocante y los adjudicatarios, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 a) de la LCSP procede declarar la inadmisión del recurso por falta de competencia de este Tribunal en orden a su resolución.

Asimismo, procede remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Almería a los efectos oportunos.

**SEGUNDO.** No obstante lo anterior, a mayor abundamiento, y si a los meros efectos hipotéticos se pudiera considerar que estamos ante un contrato sometido a la LCSP, concurriría como causa de inadmisión del recurso el haberse interpuesto fuera de plazo. En efecto, el pliego se publicó el 10 de enero de 2020 en la



Plataforma de Contratación del Sector Público, habiéndose presentado el recurso el 5 de febrero, por lo que resultaría extemporáneo, siendo inadmisibile en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## **ACUERDA**

**PRIMERO.** Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por A.F.G.G. Y OTROS contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el concurso para la adjudicación de “Concesión demanial para uso privativo de puestos de venta Vacantes en los Mercados Municipales de Almería”, convocado por el Ayuntamiento de Almería al referirse a un contrato respecto del que no cabe el citado recurso especial.

**SEGUNDO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**TERCERO.** Remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Almería, a los efectos que procedan.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a todas las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.

