Recurso 186/2022
Resolución 289/2022

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

Sevilla, 27 de mayo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EVEREST MANAGEMENT, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el 20 de abril de 2022, por la que se propone la adjudicación de la "Concesión del uso privativo del dominio público para la construcción, explotación y mantenimiento de un quiosco-bar en el parque Central de Mairena del Aljarafe", (Expte. GMU/PFA-11/2021), promovido por el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de enero de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación de la concesión de dominio indicada en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 110.162,1 euros. Asimismo, entre quienes presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

La mesa de contratación celebrada el 20 de abril de 2022 propuso la adjudicación de la concesión de dominio a la entidad GALAPAGOS SERVICIOS HOSTELEROS, S.L..

SEGUNDO. El 13 de mayo de 2022, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad recurrente, contra el acuerdo citado en el encabezamiento de esta Resolución.

Mediante oficio de 16 de mayo de 2022 la Secretaría del Tribunal solicita, al órgano de contratación, que aporte el informe sobre el recurso citado, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 19 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Competencia.

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 LCSP.

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".

Así, para determinar si el recurso interpuesto por la recurrente se dirige contra alguno de los contratos mencionados en el párrafo anterior debemos analizar previamente la naturaleza jurídica de la figura objeto de la licitación que se impugna.

A este respecto, en la cláusula segunda del pliego de cláusulas económico administrativas de la licitación se indica el objeto del procedimiento:

"1.- El presente pliego tiene por objeto la concesión del uso privativo de 129,23 m² de la Parcela del Sistema General de Espacios Libres ASGEL-5 del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución n.º 2 del Sector SR-10 "Mairena-Centro (conocido como Parque Central) para la construcción, explotación y mantenimiento de un quiosco-bar, conforme al proyecto de obras que deberá redactar el propio adjudicatario, siguiendo las prescripciones y determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana y las prescripciones técnicas contenidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como las que para este tipo específico de construcciones se exige por la normativa aplicable.
(…)
4.- La concesión, que se otorgará salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros, amparará la construcción y explotación del quiosco, así como el ejercicio de la venta autorizada, sin perjuicio de la obligación del concesionario/a de contar con las demás autorizaciones que requiera el desarrollo de la actividad. La concesión tampoco eximirá de la obligación de obtener los títulos administrativos y de efectuar las declaraciones responsables que, en su caso, sean necesarias.
El otorgamiento de la presente concesión no implica cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe.

La concesión que se otorga se realiza sin perjuicio de las modificaciones o cambios de ubicación de las instalaciones que puedan ser acordadas por la Corporación, por razones de ordenación del tráfico u obras de carácter público."

Sobre el régimen jurídico de la concesión la cláusula primera del citado pliego dispone que *«La utilización del dominio público a que se refiere la presente concesión, se regirá por las cláusulas contenidas en este pliego y en el pliego de condiciones técnicas y, para todo lo no previsto en los mismos, por la normativa vigente en materia de utilización de los bienes de dominio y uso público, en concreto, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante), la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (LBELA, en lo sucesivo) y el Decreto 18/2006, de 24 de enero, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía (RBELA, en adelante).*

Así mismo, será de aplicación la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación de Quioscos de prensa, revistas y publicaciones, chucherías flores, quioscos-bares entre otros, en el municipio de Mairena del Aljarafe, aprobada definitivamente mediante acuerdo plenario de fecha 21 de febrero de 2013 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia en fecha 21 de Septiembre de 2013 (BOP núm. 220).

A tal respecto se califica el uso previsto del dominio público como privativo, y por tanto sujeto a concesión administrativa en razón de lo establecido en los artículos 86.3 y 93 de la LPAP y arts. 30 y ss. de la LBELA.

En virtud de lo previsto en el art. 58.2 del RBELA «Las concesiones se otorgarán con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, con las especialidades contenidas en el presente capítulo, siendo de preferente aplicación el procedimiento de adjudicación abierto y la forma de concurso.».

En este sentido será de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP)».

Sobre lo anterior, se debe destacar el hecho de que no consta que la entidad recurrente haya impugnado los pliegos de la licitación que atribuyen al negocio jurídico la calificación de concesión demanial, por lo que no puede ahora en fase de adjudicación, cuando el resultado de la misma no le beneficia, alterar dicha calificación a los efectos de poder acceder a esta vía de recurso no prevista en el PCAP, que dispone:

"37.2.- Jurisdicción Competente y recursos.
Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos, serán resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa, y contra los mismos se podrá interponer potestativamente recurso de reposición en el plazo de un mes ante el mismo órgano o recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de su notificación o publicación."

Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo y 34/2019, de 14 de febrero, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habría de estar ahora al contenido de los mismos que califican el negocio jurídico como concesión demanial.

Pues bien, con arreglo a la calificación contenida en los pliegos y no combatida en su día por la recurrente, sin que este Tribunal prejuzgue la conformidad a derecho del contenido de los mismos, estamos en presencia de un

negocio jurídico de carácter patrimonial no incluido en el artículo 44 de la LCSP como susceptible de recurso especial en materia de contratación y exceptuado de la aplicación de la LCSP, conforme a lo establecido en su artículo 9.1.

Por tanto, a la vista de todo lo argumentado y de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 c) de la LCSP, procede declarar la inadmisión del recurso al referirse a un negocio jurídico no susceptible de esta vía especial de impugnación y para el que este Tribunal no ostenta competencia en orden a su resolución.

Finalmente, en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito de recurso presentado ante este Tribunal al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EVEREST MANAGEMENT, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación celebrada el 20 de abril de 2022, por la que se propone la adjudicación de la "Concesión del uso privativo del dominio público para la construcción, explotación y mantenimiento de un quiosco-bar en el parque Central de Mairena del Aljarafe", (Expte. GMU/PFA-11/2021), promovido por el Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe (Sevilla), al referirse a un negocio jurídico respecto del que no cabe el citado recurso especial.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, a los efectos que procedan.

NOTIFÍQUESE 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.