Recurso 165/2023
Resolución 195/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 31 de marzo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **S.C.A. DE VIVIENDAS CABECENSES**, contra el acuerdo de la exclusión de su oferta, de 23 de febrero de 2023, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Cesión gratuita de veinticinco parcelas/solares de propiedad municipal, integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, sitos en calle Donantes de Sangre de Las Cabezas de San Juan, para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública", (Expediente 5291/2022), tramitado por el Ayuntamiento de Las Cabezas de San Juan (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de agosto de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 220.531 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

El 13 de marzo de 2023 se ha notificado el acuerdo de adjudicación a través del presente escrito por cuanto, analizado el expediente de contratación, en la que se ponen de manifiesto por la recurrente irregularidades de la mesa de contratación en relación con la solicitud y documentación presentada por Residencial Taraje a la hora de permitirle subsanar determinados defectos de su oferta.

SEGUNDO. El 29 de marzo de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ahora recurrente contra el acuerdo de la mesa de contratación. Además, la recurrente solicita en su escrito la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

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 a 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 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante 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 entidad 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 primera del pliego de cláusulas administrativas particulares de la presente licitación se indica que el objeto es:

"Regular el procedimiento para la cesión gratuita de (25) veinticinco parcelas/solares de propiedad municipal, integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, sitos en la calle Donantes de Sangre de Las Cabezas de San Juan, para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

La intervención en el procedimiento significa que el licitador conoce y acepta la situación actual existente, física, jurídica y/o constructiva de las fincas, así como su situación urbanística y las limitaciones de uso y aprovechamiento que pudiera establecer la normativa urbanística vigente. La cesión de los terrenos se realiza libre de cargas registrales y en concepto de "cuerpo cierto", por lo que no cabrá reclamación alguna por posibles variaciones en la superficie de la misma que pudieran surgir como consecuencia de la aplicación de las ordenanzas vigentes, ni como consecuencia de las condiciones geológicas, topográficas o análogas que pudieran afectarles. En consecuencia, el licitador renuncia a cualquier reclamación que, en caso de resultar adjudicatario, pudiera formular derivada de aquellos conceptos. En el supuesto de que aparecieran posibles desviaciones, éstas no serán impugnables ni quebrantarán el principio establecido de transmisión "cuerpo cierto" habiendo de observarse siempre las limitaciones establecidas en los documentos de planeamiento y normativa aplicable.

El adjudicatario asumirá la cesión de los terrenos en su estado físico actual, sin objeción alguna, corriendo de su cuenta y eximiendo al Ayuntamiento de Las Cabezas de San Juan de todos los gastos de acondicionamiento u otros que fueren necesarios".

Sobre el régimen jurídico del contrato, la cláusula segunda del citado pliego establece:

"El Ayuntamiento de Las Cabezas de San Juan, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, ejercerá como competencias propias en materia de urbanismo, entre

otras, la promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. En el ejercicio de esa competencia propia, el Ayuntamiento, mediante este procedimiento, promueve la cesión gratuita de 25 solares para la AYUNTAMIENTO DE LAS CABEZAS DE SAN JUAN PCPA DEL CONCURSO ENTRE COOPERATIVAS DE VIVIENDAS PARA LA CESIÓN GRATUITA DE VEINTICINCO SOLARES SITOS EN CALLE DONANTES DE SANGRE DE ESTA LOCALIDAD PARA SU DESTINO A LA CONSTRUCCIÓN DE 25 VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN PÚBLICA construcción de viviendas protegidas de régimen especial o general, lo que nos sitúa ante un negocio jurídico público.

El contrato definido tiene la calificación de contrato administrativo especial, de conformidad con lo que establece el artículo 25.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, según el cual, tendrán naturaleza administrativa especial los contratos por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante (Ayuntamiento) o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella -promocionar la construcción de viviendas de protección oficial-. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

En este sentido, el marco jurídico específico aplicable lo constituye: Normativa Estatal: la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas en aquellos preceptos que tienen carácter básico o son de aplicación general o plena, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final Segunda de la Ley (LPAP); el R.D. 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL); el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana; Normativa Autonómica: Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA); la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía; el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero; la Ley 7/2021, de 1 de diciembre de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA); el Decreto 91/2020, de 30 de junio, por el que se aprueba el Plan Vive en Andalucía, de Vivienda, Rehabilitación y Regeneración Urbana de Andalucía 2020-2030".

No obstante, y a pesar de lo establecido en los pliegos el artículo 9 de la LCSP señala que *"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 -concesión de obras-, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley".*

El artículo 9.2 establece que los contratos de compraventa, donación, permuta y arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles *"se encuentran excluidos de la presente Ley"* y que *"tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial".* No obstante, se limita o matiza esta exclusión en la misma LCSP, artículo 4, al regular *"la aplicación de los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse."*

Las líneas generales del régimen jurídico de los contratos patrimoniales de las Entidades Locales, se interpreta a la luz del anterior precepto en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCE)

número 25/08, de fecha de 29/01/09, al indicar *"que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007 cuando las normas patrimoniales así lo expresen".*

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 10/2017, de fecha 27 de julio, establece respecto del régimen jurídico de estos contratos patrimoniales de las Entidades Locales, que:

"La adjudicación de los contratos patrimoniales se rige por sus normas específicas. Como puso de relieve esta Junta en sus informes 4/2009, de 15 de abril y 10/2010, de 15 de septiembre, conforme al artículo 4.1 p) TRLCSP , los contratos patrimoniales (entendiendo por tales aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas) están excluidos de la aplicación del TRLCSP y esta exclusión hace que los reenvíos de las normas patrimoniales a las disposiciones de la normativa de contratación pública resultan en la práctica carentes de efectividad. Aunque esta exclusión no es absoluta; primero porque la Disposición Adicional Segunda del propio TRLCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2 TRLCSP , los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios del mismo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse".

La propia estructura y sistemática de la LCSP no permite interpretar que la naturaleza de estos contratos privados patrimoniales, al haberse excluido de la misma, se corresponda con la de los contratos privados que se contemplan en el artículo 26 de esta LCSP, que sí están sujetos a su régimen jurídico junto con los administrativos (tipificados y especiales) recogidos en el artículo 25 de la LCSP.

El hecho de que un error en los pliegos no haya sido objeto de impugnación no puede suponer una alteración del ámbito competencial que delimita la LCSP respecto del objeto del recurso y que recoge el artículo de la LCSP arriba señalado.

En este sentido este Tribunal para determinar cuándo estamos ante un contrato administrativo o un negocio jurídico patrimonial estima que debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener, el interés público o finalidad pública, cuando se plantea la utilización de los bienes públicos hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual.

El considerando 14 de la Directiva 2014/23/UE señala que no sería contractual la autorización para llevar a cabo una actividad económica con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada que por lo general se conceden a iniciativa del operador económico en los que este queda libre de renunciar a la prestación del servicio. Al contrario, será contractual cuando la autorización se realice a iniciativa del poder adjudicador siendo parte del contenido obligacional la ejecución de servicios específicos en las condiciones determinadas por el poder adjudicador que son exigibles al adjudicatario.

Sobre la base de estos criterios, sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público es la Administración, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, sea personal administrativo o público visitante, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una cesión gratuita de bienes donde el beneficiario es el particular o usuario.

La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato.

La calificación del contrato como administrativo especial en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato y no es ese el presente supuesto.

Por lo tanto, conforme a lo expuesto, procede señalar que siendo el objeto de la licitación cesión de uso gratuita -denominación que emplea la Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía- 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. El artículo 26 de la citada ley recoge dicha cesión gratuita de bienes, expresando que *"las entidades locales podrán ceder de forma total o parcialmente gratuita sus bienes patrimoniales:*
a) A otras Administraciones o entidades públicas.
b) A entidades privadas declaradas de interés público siempre que los destinen a fines de utilidad pública o interés social, que cumplan o contribuyan al cumplimiento de los propios de la entidad local".

El propio hecho de incluir en el mismo precepto a personas jurídico públicas, conjuntamente con las privadas como destinatarios, así teleológicamente la finalidad de dicha cesión supone la consecución indirecta de un fin público. En efecto, en el caso de los particulares, si bien la finalidad principal es el interés público, prevalece el interés privado de los particulares. Igualmente, cumple concluir de la falta de onerosidad que es requisito predicable del contrato ex art. 2 de la LCSP.

Todo ello determina que no se considere como contrato administrativo sujeto a la LCSP.

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 los pliegos a una figura jurídica excluida del ámbito de aplicación de la LCSP, no susceptible de esta vía especial de impugnación y para el que este Tribunal no ostenta competencia en orden a su resolución, no procediendo asimismo emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar instada por la recurrente por las razones expuestas.

SEGUNDO. Sobre la tramitación procedente al recurso presentado.

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 con 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 **S.C.A. DE VIVIENDAS CABECENSES**, contra el acuerdo de la exclusión de su oferta, de 23 de febrero de 2023, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Cesión gratuita de veinticinco parcelas/solares de propiedad municipal, integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, sitos en calle Donantes de Sangre de Las Cabezas de San Juan, para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública", (Expediente 5291/2022), tramitado por el Ayuntamiento de Las Cabezas de San Juan (Sevilla), al no referirse a un contrato susceptible de recurso especial.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Las Cabezas de San Juan (Sevilla).

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.