



**Recurso nº 1102/2016**

**Resolución nº 175/2017**

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL  
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 17 de febrero de 2017.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. E.H.D.D., en nombre y representación de la UTE formada por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S. L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 2 de noviembre de 2016, por el que se la excluye de la licitación del contrato de *“Servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en el terminal de tráfico pesado (TTP) en muelle de Isla Verde interior del puerto de Algeciras”*, (Expediente 2016-042), licitado por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, ente público dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El 27 de julio de 2016 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras acuerda aprobar el Pliego de Bases (PB), cuyo objeto es regular el concurso para la selección de una oferta para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la Terminal de Tráfico Pesado (TTP), en el Muelle de Isla Verde Interior del Puerto Bahía de Algeciras, y el Pliego de Cláusulas Particulares (PCP) para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la Terminal de Tráfico Pesado (TTP), en el Muelle de Isla Verde Interior del Puerto Bahía de Algeciras, cuyo objeto es regular las condiciones básicas para la prestación del servicio.

Igualmente se faculta al Presidente del Consejo de Administración para que incorpore a los pliegos reguladores las correcciones y modificaciones que se estimen necesarias.



El 8 de agosto de 2016, el Presidente acuerda la modificación de diversos apartados del PB y del PCP.

El 5 de septiembre de 2016, en el Boletín Oficial del Estado, se publica la licitación del contrato.

En el anuncio se consigna lo siguiente:

*“2. Objeto del contrato:*

*a) Tipo: Servicios.*

*b) Descripción: Servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la terminal de tráfico pesado (TTP) en el muelle Isla Verde interior del puerto de Algeciras.*

*d) Lugar de ejecución/entrega:*

*1) Domicilio: Avenida de la Hispanidad, 2.*

*2) Localidad y código postal: Algeciras, 11207, España.*

*e) Plazo de ejecución/entrega: 6 años.*

*f) Admisión de prórroga: Prórrogas hasta un máximo de tres años, mediante sucesivas autorizaciones de prórroga por periodos de un año. Condición B.4 del Pliego.*

*i) CPV (Referencia de Nomenclatura): 63712400 (Servicios de estacionamiento), 98351000 (Servicios de gestión de aparcamientos) y 98351100 (Servicios de aparcamientos).*

*3. Tramitación y procedimiento:*

*a) Tramitación: Ordinaria.*

*b) Procedimiento: Abierto.”*



La base B 1, “objeto”, del PB establece lo siguiente:

*“El objeto del presente Pliego de Bases consiste en la regulación de las condiciones que habrán de regir en el concurso convocado por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras (en adelante, APBA) para la selección de una oferta para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la Terminal de Tráfico Pesado (TIP) ubicada en el muelle de Isla Verde Interior y que se detallan según se establece en la B 2.*

*El adjudicatario realizará su actividad en la citada TIP, con destino a disponer de un espacio dedicado a la ordenación y estacionamiento del tráfico pesado (unidades de carga completa, semirremolques, tractoras y chasis) que operan en el recinto portuario, favoreciendo la optimización de la cadena logística del Import/Export y ofreciendo, tanto al operador como al transportista, elementos de valor añadido complementarios, con la absoluta prohibición de la realización de otros fines y/o al desarrollo de otras actividades.*

*Las instalaciones de la TIP, así como los servicios en ella ofrecidos, serán exclusivamente para vehículos pesados usuarios del Puerto Bahía de Algeciras que se encuentren a la espera de alguna operación (transporte de mercancía origen/destino Puerto de Algeciras, embarque/desembarque, trámite aduanero ... etc), no pudiendo ser empleado para otros fines ajenos a la actividad portuaria, en particular:*

- No estará permitido el estacionamiento de semirremolques vacíos que no estén formando parte del proceso logístico portuario.*
- No se permitirá estancias de larga duración (> 7 días) salvo causa justificada.*

*Además de la gestión del servicio comercial de estacionamiento, el adjudicatario deberá prestar otros servicios complementarios de valor añadido a los usuarios de la TIP. Para ello, definido en el ANEXO 3, la APBA tramitará posteriormente a la adjudicación del presente concurso, una concesión administrativa para otorgar los espacios destinados a los transportistas y operadores.*

*La TTP se divide, pues, en dos zonas diferenciadas (ver Fotografía nº 1):*



1. La zona destinada al estacionamiento de unidades de carga (camiones, semirremolques, cabezas tractoras y chasis). [ZV]

2. La zona destinada a la atención del transportista/operador. [ZT]

La explotación de la TTP comprende la gestión de ambas áreas.

Todos los usos de los espacios portuarios objeto del presente concurso se ajustarán a lo señalado en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

El adjudicatario deberá garantizar la prestación del servicio durante la totalidad del plazo del concurso, para lo que deberá realizar todas las instalaciones complementarias del área de estacionamiento de vehículos de transporte de mercancías y proveer los medios necesarios para la explotación del servicio a satisfacción de la APBA, como también a introducir las modificaciones que la práctica aconseje, asumiendo, en ambos casos, la total financiación de los medios e instalaciones mencionadas, y respetando las prescripciones establecidas a la normativa vigente en cuanto a las actuaciones a desarrollar, teniendo en cuenta, lo previsto en la CLÁUSULA 13 del Pliego de Cláusulas Particulares para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la TTP.”

La base B 4, “plazo”, del PB establece lo siguiente:

“La autorización para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista será por un plazo de SEIS (6) años. El cómputo de este plazo se iniciará el día siguiente al de la notificación por el Consejo de Administración.

La APBA podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de TRES (3) años, mediante sucesivas autorizaciones de prórroga por periodos de UN (1) años, previa solicitud del adjudicatario a formular con anterioridad a los últimos TRES (3) meses de la finalización del correspondiente plazo, sobre la que decidirá discrecionalmente la APBA.



*Transcurrido el citado plazo, esta autorización quedará automáticamente extinguida, sin menoscabo de la obligación del cumplimiento de sus obligaciones, mientras persista la prestación sin autorización, y del devengo de las tasas correspondientes, lo que no generará, en ningún caso, derecho alguno para su titular.*

En la base B 5 del PB “tasas y gastos”, se establece:

*“1. Tasas*

*El adjudicatario abonará a la APBA, por trimestres adelantados, las siguientes tasas anuales, valoradas para 2016:*

*A. Tasa de Actividad (Ta)*

*El adjudicatario estará obligado al abono de una tasa por la prestación de servicios al público y desarrollo de actividad comercial, que será el 5% del importe neto de la cifra de negocio o, en su defecto, del volumen de negocio. Ambos cálculos anuales y referidos a la actividad desarrollada al amparo del presente concurso.*

*Su importe anual se determinará el primer ejercicio considerando el volumen de negocio estimado en la oferta, y los años naturales sucesivos se devengarán el importe que corresponda de acuerdo con el volumen de negocio real del año anterior.*

*Se establece una tasa de actividad mínima anual cuantificada en 70.000,00 euros.*

*Si el concesionario no alcanzara con el 5% de la cifra o en su defecto el volumen de negocio este importe mínimo, deberá abonar a la APBA el importe que faltara hasta alcanzar la cuantía mínima de la tasa de actividad indicada.*

*La tasa de actividad se devengará a partir del inicio de la actividad, liquidándose por trimestre vencido, de acuerdo con los tráficos reales de dicho trimestre. El titular estará obligado a presentar, antes del 31 de enero de cada ejercicio, en el Registro General de la APBA o por la vía telemática que se establezca una declaración responsable del importe neto de la cifra de negocio o, en su defecto, del volumen de negocio generado por la actividad en el año natural anterior. (...).*



## 5. Instalaciones actuales

*El adjudicatario podrá hacerse cargo de la amortización de las instalaciones/inversiones que se han realizado/ejecutado hasta la fecha en la TIP y que se relacionan a continuación, y cuyo importe asciende a 28.875 €, importe que deberá satisfacer a la actual entidad gestora que ha venido prestando el servicio en la TIP, previamente a la formalización de la autorización, en los términos que se indique por los Servicios Jurídicos de la Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras.*

*En caso de que el adjudicatario no se haga cargo de las instalaciones actuales, deberá incluir en el Proyecto Básico, de acuerdo a la B 2, todas las instalaciones necesarias para el control de la TIP de acuerdo al Pliego de Cláusulas Particulares para la prestación del servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la TTP. (...)*

En la base B 10, “tarifas y franquicias de estacionamiento”, se dispone:

*“Las tarifas y franquicias aplicables a los diferentes servicios de estacionamiento, serán como máximo las que se recogen en el ANEXO 7.*

### 1. Tarifas:

*Las tarifas tendrán carácter de máximas, pudiendo el licitador realizar mejoras que se valorarán de acuerdo a la B 15 del presente Pliego de Bases.*

### 2. Franquicias:

*Análogamente, el adjudicatario estará obligado a la prestación de una franquicia mínima gratuita, sin coste para el usuario, según los diferentes servicios de estacionamiento, que se podrá mejorar, siendo valoradas positivamente de acuerdo a la B 15 del presente Pliego de Bases.”*

En la base B 12 “tarifas y franquicias de estacionamiento”, se dispone en su apartado 2,e) “acreditación de la solvencia técnica y profesional, financiera y económica.”



“En relación a la [ZV]:

*Requisitos de solvencia económica o financiera:*

*El licitador deberá presentar declaración relativa a la cifra de negocios global en la actividad de gestión de aparcamientos, de los dos últimos ejercicios, que deberán superar la cuantía de 1.000.000 € de ventas anual.*

*El licitador presentará la correspondiente documentación que acredite la solvencia financiera y económica del licitador, de la siguiente forma:*

*(...) Para las personas jurídicas:*

*El licitador presentará las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, o, en su defecto, extracto de las mismas, debidamente auditadas, en caso de que la normativa mercantil les obligue, así como de las liquidaciones del Impuesto de Sociedades. En caso de no disponer de cuentas anuales registradas y/o auditadas por causas no imputables al licitador, se acreditará mediante estados financieros de la situación del licitador, con una antigüedad máxima de tres meses acompañados de certificación de autenticidad firmada por todos los administradores de la entidad. El licitador deberá acreditar expresamente este extremo en su oferta. (...)*”

Conforme al Anexo 2 del PB el tráfico por estancias no gratuitas en la TTP durante el año 2015 ascendió a 156.166.

En el Anexo 4 se consigna, el apartado “tráficos para el cálculo de las mejoras en la estructura tarifaria y de ampliación de franquicia gratuita”, fija los tráfico por tipología y tramo tarifario al objeto de fijar las tarifas en las ofertas.

**Segundo.** Concluido el plazo para la presentación de ofertas, entre los licitadores se encuentra la UTE formada por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L.

El 27 de octubre de 2016 se emite informe de la comisión técnica respecto de la denominada documentación general, que incluye la solvencia.



En él se señala lo siguiente: *“En lo referente a la solvencia económica o financiera, la UTE formada por las empresas HINOBEPA, S. L. y KOMOMBO 2013, S.L., en base a la documentación aportada, no cumplen con los siguientes requerimientos solicitados en el Pliego de Bases:*

- *De la empresa Hinobepa, S.L., no se tiene constancia de la cifra de negocios global en la actividad de gestión de aparcamiento en los últimos dos ejercicios.*
- *De las cuentas anuales aportadas por la empresa Hinobepa, S.L., de los ejercicios 2013, 2014 y 2015, se comprueba que el importe neto de la cifra de negocios que aparece en la cuenta de pérdidas y ganancias corresponde a las siguientes cantidades:*

*2013 153.113,42 €*

*2014 629.474,19 €*

*2015 828.103,36 €*

*De la empresa Komombo 2013, S.L., no se tiene constancia de la cifra de negocios global en la actividad de gestión de aparcamientos en los últimos dos ejercicios. Además se comprueba en la Memoria de los estados financieros al 31-12-14 aportado, que dicha sociedad tiene como objeto social la comercialización al por mayor, distribución, representación, arrendamiento, cesión de uso y compra-venta, de hierro, acero y toda clase de elementos siderúrgicos.*

*La empresa Komombo 2013, S.L., sólo presenta la cuentas anuales del ejercicio 2014, comprobándose que el importe neto de la cifra de negocios que aparece en la cuenta de pérdidas y ganancias corresponde a la cantidad de 91.009,28 €.*

*Por lo cual entendemos que la UTE formada por las empresas Hinobepa, S.L. y Komombo 2013, S.L. NO CUMPLE con el requisito de solvencia económica o financiera requerida en el Pliego de Bases en el que se establecía que:*





*El licitador deberá presentar declaración relativa a la cifra de negocios global en la actividad de gestión de aparcamientos, de los dos últimos ejercicios, que deberán superar la cuantía de 1.000.000 € de ventas anual”*

El 2 de noviembre de 2016, la Mesa hace suyo el informe y excluye a la UTE de la licitación, lo que expone en sesión pública.

No se notifica individualmente el acuerdo al licitador.

El 17 de noviembre mediante correo electrónico la UTE formada por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L. formula alegaciones contra el acuerdo.

**Tercero.** El 23 de noviembre de 2016 HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L. formulan escrito ante el órgano de contratación con la siguiente solicitud *“tenga por efectuado el Anuncio previo al que se refiere el artículo 44.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la ADOPCIÓN DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL PRESENTE EXPEDIENTE, como medida PROVISIONAL en tanto no resuelva las Alegaciones presentadas por esta parte en su escrito de 17 de noviembre.”*

El 23 de noviembre de 2016 se presenta en el registro electrónico de este Tribunal dos escritos por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L.

El primero de ellos, registrado a las 13:51:35 horas, con el número 2016-01016927-E, con la denominación *“ALEGACIONES”*, tiene el siguiente *petitum* donde consta lo siguiente *“en virtud de las alegaciones contenidas, las estime, acordando el cumplimiento del requisito de solvencia económica o financiera por parte de las empresas a las que represento, acordando su inclusión en la licitación meritada, procediéndose a la apertura del sobre nº 2 de su oferta; o subsidiariamente, si se estima necesario, requiérase a este licitador para que en el plazo señalado en el Pliego de Bases subsane el requisito de presentación de una declaración sobre la cifra de negocios en la actividad de aparcamientos.*

*IGUALMENTE SOLICITO que dada la trascendencia que supone la inclusión/exclusión de un licitador en el proceso, sobre todo por la imposibilidad manifiesta de retrotraer el expediente a este momento en la eventualidad de un resolución favorable a las peticiones*



*de este licitador habiéndose abierto y evaluado los sobres 2 (propuesta técnica) y 3 (propuesta económica), acuerde la SUSPENSIÓN del expediente en tanto no se resuelvan estas alegaciones.”*

El segundo de ellos, registrado el 15:04:32, con el número 2016-01017151-E, tiene el siguiente “*petitum*”: se “*ACUERDE la adopción, como medida provisional, de SUSPENDER la adjudicación del Expediente 2016-042 denominado SELECCIÓN DE UNA OFERTA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO COMERCIAL DE ESTACIONAMIENTO DE VEHÍCULOS PESADOS Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS AL TRANSPORTISTA EN LA TERMINAL DE TRÁFICO PESADO (TTP), EN EL MUELLE DE ISLA VERDE INTERIOR DEL PUERTO BAHÍA DE ALGECIRAS en el estado actual de tramitación, esto es, antes de la finalización de la evaluación de las propuestas técnicas, todo ello con carácter previo a la eventual formalización del Recurso Especial en materia de contratación*”

**Cuarto.** Solicitado el expediente el 16 de diciembre por este Tribunal, el órgano de contratación lo remite acompañándolo de su informe el 19 de diciembre.

El 26 de enero de 2017 se solicita por el Tribunal documentación adicional que es atendida parcialmente, acompañándose de un escrito del órgano de contratación sobre diversas consideraciones sobre la pertinencia de la solicitud y la conformidad a derecho de su actuación, de 3 de febrero.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal, el 27 de diciembre de 2016, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ha evacuado el trámite la UTE formada por PARKING SANTA BÁRBARA, S. L., PROMO PARC SUBTERRÁNEO SERVICIOS, S. L., y PARQUES LOGÍSTICOS DEL SUR, S. L., así como CONTINENTAL PARKING, S. L., ambos oponiéndose al recurso.

**Sexto.** El 30 de diciembre de 2016 la Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, previa solicitud y recepción de alegaciones por el órgano de contratación, acuerda la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** La primera cuestión a debatir por el Tribunal antes de pasar al examen del fondo de la cuestión planteada, si fuera procedente, es la relativa a su competencia para resolverlo, no antes de hacer algunas consideraciones sobre el escrito de 3 de febrero de 2017 en contestación al requerimiento de documentos adicionales por este Tribunal.

Dicho escrito ha de calificarse de improcedente amen de impertinente. Ello es así porque es a este Tribunal y no al órgano de contratación al que le incumbe decidir qué documentación o información precisa para resolver el recurso, sin que la solicitud de documentación o información adicional por sí sola determine ningún pronunciamiento anticipado sobre la forma o el fondo del recurso planteado, argumento que debería calificarse sin más como extravagante, ni procede en el procedimiento de recurso que el órgano de contratación haga toda suerte de consideraciones, admoniciones, y advertencias sobre la supuesta nulidad de nuestra actuación, pues es a los Tribunales de justicia, y no al órgano de contratación, a los que la Constitución y las leyes atribuyen el control de legalidad de nuestra actuación. Sin perjuicio de que tal propósito taimado de inquietar la independencia de nuestra función no pueda prosperar, daremos cumplida respuesta a lo largo de esta resolución a las cuestiones que el escrito plantea.

En primer lugar hemos de señalar de que el escrito bajo el título “alegaciones”, presentado por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L., el 23 de noviembre de 2016, registrado a las 13:51:35 horas, con el número 2016-01016927-E, tiene la naturaleza de recurso, como resulta tanto de su total contenido, como en particular de su *petitum* transcrito en antecedentes, por eso se le dio dicha tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), aplicable al procedimiento en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y por lo demás reproducido en el artículo 115.2 de esta última Ley.

En fin, entender como hace la Autoridad Portuaria, que la afirmación en el segundo escrito de solicitud de suspensión de la futura presentación del recurso, priva al de “alegaciones” de



su verdadera naturaleza, es hacer de un error formal en el *nomen iuris* del escrito, que por su naturaleza es un verdadero recurso, un obstáculo al ejercicio de la acción por las recurrentes lo que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional (por todas SSTC 19/1983, de 10 de marzo, 40/1983, de 18 de mayo, y 65/1983, de 21 de julio, 206/1987, de 21 de diciembre), se opone al derecho a la tutela judicial efectiva, causando a las recurrentes indefensión, además de vulnerar expresamente el artículo 110.2 de la LRJPAC antes citado.

El órgano de contratación, en el informe mantiene que el procedimiento de licitación del contrato en que se ha producido el acto recurrido tiene, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP), está excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP, por cuanto el objeto del mismo no es la adjudicación de un contrato del sector público, sino el otorgamiento de una autorización para la prestación de un servicio comercial regulado en el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

Sobre esta cuestión hemos tenido la oportunidad de manifestarnos en otras ocasiones. Así en la Resolución número 154/2011, de 1 de junio, señalamos: *“En primer lugar, es preciso dejar claro que la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, artículo 7.4, califica el contrato en cuestión como contrato administrativo especial, al decir: “El Gobierno en el ámbito de las competencias del Estado podrá establecer, en su caso, que la prestación de todas o alguna de estas navegaciones se realice con imposición de obligaciones de servicio público con el fin de garantizar la suficiencia de servicios de transporte regular con destino a y/o procedencia de las islas Baleares, islas Canarias, Ceuta y Melilla o bajo el régimen de contrato administrativo especial en atención a la satisfacción de forma directa o inmediata de la finalidad pública que aquéllas representan”.*

***Sin embargo, la previa calificación legal de este contrato como administrativo especial no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista el contrato, pueda ser subsumido éste bajo alguno de los tipos contractuales***



**regulados en ella.** La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación. En efecto, la posibilidad de recurrir a través de la vía del recurso especial en materia de contratación viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, del Parlamento y el Consejo Europeo.

Así, aceptar la calificación que hace la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada. En efecto, su artículo 1 establece que «La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004». Ello significa que **para determinar si un contrato en particular se encuentra o no incluido entre los enumerados en el artículo 310.1 de la ley de Contratos del Sector Público, norma de derecho interno que incorpora el precepto transcrito de la Directiva, debe atenderse a los criterios de calificación que contiene la Ley de Contratos del Sector Público en sus artículos 5 a 11 y no a los de otras normas del derecho nacional.** (...).

Por tanto para poder decidir acerca de si estamos ante alguno de los contratos típicos regulados en la Ley de Contratos del Sector Público debemos acudir en primer lugar a la definición y configuración que de los mismos hacen los artículos citados, que son los que incorporan a nuestro derecho las definiciones de la Directiva. Sólo para el caso de que no encajen en ninguna de ellas, será posible acudir a la definición de las normas específicas que los regulan.”

De otra parte la Resolución número 241/2015, de 13 de marzo, señala: “La definición de la competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se hace por el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en función de un doble parámetro subjetivo y objetivo. Así, desde el primero de ellos y en cuanto aquí interesa, se considera que el Tribunal es competente para la resolución de los recursos que se interpongan contra actos emanados de la Administración General del Estado y de los restantes poderes adjudicadores vinculados a ella. Así se desprende del apartado 1 del mencionado artículo («En el ámbito de la Administración General del Estado, el



*conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias...A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales...») y del apartado 5 del mismo («Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido»). Desde el punto de vista objetivo la competencia se delimita en el propio artículo 41.1 por referencia a lo dispuesto en el artículo 40 de conformidad con el cual «serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años. Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17».*

*Excluyendo los contratos subvencionados pues el caso examinado no es uno de ellos evidentemente la competencia del Tribunal se extiende de forma exclusiva a los contratos públicos nominados sujetos a regulación armonizada, así como a los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley y a los de gestión de servicios públicos que reúnan las condiciones indicadas. Por consiguiente, sentado el hecho de que la Autoridad Portuaria de Baleares como órgano de contratación se integra en la Administración General del Estado, para determinar si el supuesto contemplado en el presente recurso puede considerarse incluido entre los tipos que contempla el artículo que acabamos de transcribir y por tanto caen dentro de la esfera de la competencia de este Tribunal los recursos interpuestos en relación a él, será necesario que podamos atribuirle la naturaleza de alguno de los contratos mencionados. Sin lugar a dudas, los dos únicos tipos*



*dentro de los cuales podría ser incardinado, inicialmente, son la concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos, también en su modalidad de concesión administrativa. La recurrente le atribuye la naturaleza jurídica de estos últimos mientras que el órgano de contratación considera que se trata de una concesión demanial regulada en los artículos 81 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Delimitar con toda claridad uno y otro concepto de concesión es fundamental para establecer si estamos o no ante un recurso interpuesto contra acto recurrible en esta vía. (...)*

*A tal fin, debemos definir la concesión de servicios, de conformidad con el artículo 8 de nuestra Ley de Contratos del Sector Público como aquella «en cuya virtud una Administración Pública [...], encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración [...] encomendante». Y con mayor precisión, siguiendo los artículos 275 y 276 de la misma como el contrato en cuya virtud una administración cede a un particular la gestión a su riesgo y ventura de alguno de los servicios de su competencia que sean susceptibles de explotación por particulares y que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

*Por su parte la concesión demanial, a tenor de la regulación que de la misma hacen nuestras leyes, principalmente la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, puede definirse como el título mediante el cual se habilita el uso especial o privativo de un bien de dominio público por un particular» (...)*

*Se cumple (..) uno de los requisitos esenciales para poder calificar la concesión como demanial, cual es el hecho de que su objeto esté constituido por terrenos de dominio público. No obstante, atendiendo a la expresión empleada en la base primera al definir el objeto de la concesión indicando que este lo constituye la explotación de unas determinadas zonas, pudiera entenderse que estamos ante una concesión de servicio público puesto que la propia definición de este contrato en la ley 30/2007, de 30 de octubre, que antes hemos transcrito habla precisamente de la explotación de un servicio como contrapartida de su prestación por el concesionario. Sin embargo, falta en el supuesto que analizamos*



*claramente la idea de la existencia de un servicio público de carácter predominante, siendo obvio que lo que se cede no es tanto la posibilidad de prestar un servicio público, cuanto la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como demanio natural. (...)*

*En esta ocasión no cabe acudir a la reflexión que hicimos en nuestra resolución 154/2011 de 1 de junio del citado año, por la que resolvimos el recurso 116/2011, en relación con la necesidad existente, a efectos de determinar la competencia de este Tribunal, de calificar los contratos de conformidad con los criterios del derecho derivado de la Unión Europea y de las normas que lo incorporan a nuestro derecho, prescindiendo de las normas del derecho interno que les puedan atribuir una calificación jurídica diferente. Es evidente que ni la concesión de servicios ni la demanial son objeto de regulación por el derecho de la Unión Europea, por lo que la calificación adecuada en relación con una u otra debe hacerse exclusivamente a la luz de lo que dispongan nuestras leyes reguladoras de la materia. (...)*”

Sobre esta doctrina ha tenido particular incidencia el transcurso, el pasado 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DC), la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (ND) y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DSE).

Dicha transposición no se ha llevado a cabo por el Reino de España con carácter global, si bien que, por diversas normas legales, se ha introducido parte del contenido de dichas Directivas en el TRLCSP. Ahora bien, el hecho de que el Estado miembro no haya transpuesto el contenido de las Directivas, no impide su aplicación directa, si se dan los requisitos necesarios para ello fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En virtud de ello, los procedimientos de contratación sujetos a regulación armonizada, que se hubieran iniciados con posterioridad al 18 de abril de 2016 –entendiendo por tales conforme a la disposición transitoria primera, apartado 1, del TRLCSP, *sensu contrario*,





aquellos procedimientos abiertos en que se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato, con posterioridad a dicha fecha y, en el caso de procedimientos negociados, se hubieran aprobado los pliegos igualmente con posterioridad a dicha fecha–, están sujetos al efecto directo de la Directiva de concesión.

A tal efecto ha de tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos:

- La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, de 15 de marzo (R JCCA de 15 de marzo de 2016).
- Los criterios fijados sobre el efecto directo de las Directivas que por los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación se acordaron, de 1 de marzo de 2016.

Conforme a dichos criterios, el objeto del recurso especial en materia de contratación depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública; ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que es una norma de carácter adjetivo.

Pues bien, la DC incluye entre la tipología de contratos armonizados, y por tanto bajo el efecto directo de la Directiva, quedando sujetos por ello a recurso especial en materia de contratación, los contratos de concesión como los define la DC en su artículo 5.1, que pueden ser de dos tipos, contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente, de acuerdo con el TRLCSP, se denominan contratos de concesión de obras públicas y contratos de gestión de servicios públicos.

Así los contratos de concesión de servicios –similares aunque no siempre idénticos a los denominados por el TRLCSP contratos de gestión de servicios públicos–, están sujetos a



regulación armonizada cuando superen el umbral de aplicación que establece la DC, y puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC y, además, no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación.

La calificación de un contrato de concesión de servicios como sujeto a regulación armonizada conlleva la aplicación de un régimen jurídico particular, que sumariamente es el que establece el TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, con los cambios que introduce el efecto directo de determinados preceptos de la DC.

La estimación del valor de los contratos de concesión de servicios sujetos a regulación armonizada ha de realizarse siguiendo las normas de cálculo que establece el artículo 8 DC.

En cuanto al umbral, tendrán la consideración de contratos de concesión de servicios sujetos a regulación armonizada aquellos que igualen o superen los 5.225.000 euros de valor estimado, por aplicación del artículo 8.1 DC.

Por aplicación del artículo 5.1 DC todos los contratos de concesión sujetos a regulación armonizada se caracterizarán por cumplir los requisitos que establece este precepto, y singularmente el requisito de que el contrato implique la transferencia del denominado por la DC “*riesgo operacional*” al concesionario en la explotación de los servicios, abarcando: el “*riesgo de demanda*”, o el “*riesgo de suministro*”, o ambos. Riesgo de demanda es aquél que se debe a la demanda real de los servicios objeto del contrato; y riesgo de suministro o de oferta el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (considerando 20 de la DC).

De acuerdo con el segundo párrafo de la letra b) del artículo 5.1 DC deberá considerarse que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario deberá suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.



Cuando no concurra el requisito de la transferencia del riesgo operacional a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión de servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de servicios.

Llegados a este punto hemos de tener en cuenta también el régimen jurídico de los procedimientos de contratación de las Autoridades Portuarias.

Establece la disposición adicional octava del TRLCSP lo siguiente:

*“1. La celebración por las Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá, en todo caso, por la presente Ley. No obstante, y a los efectos de aplicar la presente Ley a estos contratos, sólo tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los que, por razón de su naturaleza, objeto, características y cuantía, estén sometidos a la mencionada Ley 31/2007, de 30 de octubre.*

*2. La celebración por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas de contratos comprendidos en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se regirá por esta norma, salvo que una Ley sujete estos contratos al régimen previsto en la presente Ley para las Administraciones Públicas, en cuyo caso se les aplicarán también las normas previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se celebren en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por los entes, organismos y entidades mencionados, se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada.”*

Por su parte el artículo 24.2 del TRLPEMM establece:

*“En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del organismo y homogeneización del sistema de contratación en el sector público, así como, conservando su plena autonomía de gestión, a lo establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de*



*contratos del sector público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, cuando celebren contratos comprendidos en sus respectivos ámbitos”.*

Así, tratándose de contratos de obras, suministros y servicios que celebren las Autoridades Portuarias, que estén comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), el régimen jurídico aplicable será el establecido por esta Ley.

Tratándose de contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE, aquellos se registrarán por las disposiciones pertinentes del TRLCSP, aplicándose las normas de regulación armonizada a dichos contratos.

**Segundo.** Llegados a este punto hemos de examinar el contrato que nos ocupa.

Primeramente señalar el que una determinada actividad se desarrolle en suelo de dominio público, cuya ocupación está sujeta a un título regulador de su uso, sea autorización o concesión, no impide que la actividad en él desarrollada, en la medida en que resulta de una relación jurídica bilateral, de naturaleza obligacional, con prestaciones recíprocas entre las partes, sea un negocio jurídico bilateral o contrato, como parece desconocer el órgano de contratación en su informe.

Contrato hay por tanto, además oneroso, pues el contratista percibe un precio de los usuarios que estacionan los vehículos, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de la denominada “*tasa de actividad*” a la Autoridad Portuaria, que se cifra en una parte de los beneficios del contratista en el desarrollo de dicha actividad.

Además la licitación de dicho contrato se anunció con posterioridad al 18 de abril de 2016, con lo que sobre la regulación nacional se ha producido el efecto de la Directivas comunitarias en materia de contratación.



Cosa distinta de su naturaleza contractual, es el régimen jurídico que lo rige, así como si en virtud de dicho régimen, el contrato está o no sujeto al ámbito de competencias de este Tribunal.

Empezando por el régimen jurídico, el contrato tiene por objeto la explotación comercial del servicio de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en la terminal de tráfico pesado.

Siguiendo nuestra doctrina en este caso el servicio de aparcamiento tiene carácter predominante, de modo que lo que se cede es la posibilidad de prestarlo, y no la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como demanio natural. De modo que nos encontramos ante, bien un contrato de servicios, bien una concesión de servicios, y no ante una concesión demanial.

El TRLPEMM entre los servicios prestados por las Autoridades portuarias, distingue los generales, los portuarios, los de señalización marítima y los comerciales.

Los servicios comerciales se definen por artículo 138.1 del TRLPEMM como *“las actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria”*.

Pues bien, conforme al artículo 12.b) de la LCSE, están sujetas a la LCSE las actividades de explotación de una zona geográfica determinada para **la puesta a disposición** de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, **de los puertos marítimos** o interiores o de otras terminales de transporte.

En el presente caso la actividad de explotación de un aparcamiento, que no es un servicio portuario si bien está vinculado a la actividad portuaria, no puede considerarse *“puesta a disposición”* del puerto a los transportistas, como ocurriría en las labores de carga y descarga, y por ende el contrato no se rige por la LCSE sino por el TRLCSP.

En cuanto a la competencia de este Tribunal, partiendo de nuestra doctrina, y teniendo en cuenta la aplicación directa de algunas de las normas de la DC, se hace necesario determinar si nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios armonizado cuyo



procedimiento de adjudicación, en consecuencia, está sujeto al control de este Tribunal, a través del recurso especial en materia de contratación.

La concesión de servicio público se define por el artículo 5.1.b) de la DC como *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”*.

Estamos ante prestaciones distintas de la ejecución de obra, aunque el contrato incluya una prestación adicional de obra de adecuación del estacionamiento que, de acuerdo con la clasificación CPV (63712400, servicios de estacionamiento, 98351000, servicios de gestión de aparcamientos y 98351100, servicios de aparcamientos), se califica como servicios, como por lo demás reconoce expresamente la Autoridad Portuaria al consignar dicha clasificación en el anuncio de la licitación.

La explotación de dicho servicio se confía a un operador económico, a cambio del derecho a explotar los servicios objeto del contrato, percibiendo por ello un precio de los usuarios, en conjunción con el pago a la Autoridad Portuaria de un precio consistente en una parte de sus beneficios.

La adjudicación de la concesión implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dicho servicio, pues no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar el servicio objeto del contrato.

Estamos pues ante un contrato de concesión de servicios de acuerdo con la DC.

Determinada su naturaleza de concesión de servicio, hemos de ver si el contrato es armonizado.

Establece el artículo 8.1 y 2 de la DC, lo siguiente:



*“1. La presente Directiva se aplicará a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000 EUR.*

*2. El valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.*

*Esta estimación deberá ser válida en el momento en que se publique el anuncio de concesión o, cuando no se prevea tal anuncio, en el momento en que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora inicie el procedimiento de adjudicación de la concesión, por ejemplo, cuando proceda, entrando en contacto con los operadores económicos en relación con las concesiones.*

*A efectos del apartado 1, si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un 20% su valor estimado, la estimación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación.*

*3. El valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión.*

*Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:*

*a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;*

*b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;*

*c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;*



*d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;*

*e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;*

*f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;*

*g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores.”*

La actitud del órgano de contratación negándose a facilitar cualquier información económica relativa al contrato –datos de los que necesariamente ha dispuesto, pues de otro modo no podría haber confeccionado el PB y sus Anexos–, hace difícil determinar con claridad si el valor estimado del contrato alcanza o no el umbral fijado por la directiva.

Esto no obstante, hemos de tener en cuenta la información que se desprende de los Anexos del PB, en cuanto a datos del tráfico por estancias no gratuitas y del tráfico para el cálculo de las mejoras en la estructura tarifaria y de ampliación de franquicia gratuita, que ya revelan la considerable cuantía de dicho valor.

Además, conforme a la base B 5 del PB la tasa de actividad que el adjudicatario está obligado a abonar a la Autoridad Portuaria se fija en el 5% del importe neto de la cifra de negocio o, en su defecto, del volumen de negocio, en cómputo anual. Dicha base establece, así mismo, una tasa de actividad mínima anual cuantificada en 70.000 euros, lo que hace suponer que la Autoridad Portuaria prevé que el volumen de negocio anual, en condiciones normales, será al menos de 1.400.000 euros. Multiplicada dicha cantidad por el número de años de duración del contrato más sus prorrogas, nueve años, el volumen de negocio alcanzaría como mínimo los 12.600.000 de euros.

De todo ello, se induce que el valor estimado del contrato supera el umbral de 5.186.000 euros fijado en la DC.





En consecuencia el contrato está sujeto a la DC, por lo que este Tribunal es competente para resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 41.5 del TRLCSP y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Se trata de un contrato armonizado sujeto al ámbito del recurso especial en materia de contratación por aplicación tanto de la DC como del artículo 40.1.a) del TRLCSP, en el que se impugna el acto de trámite cualificado de exclusión del recurrente, acto recurrible conforme al artículo 40.2.b) del TRLCSP.

En consecuencia el contrato y el acto son recurribles conforme a los artículos 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP, 8.1 de la DC, y 22.1.3º y 4º del RPERMC.

**Tercero.** El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un



simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso las recurrentes han sido licitadoras en el contrato e impugnan su exclusión por lo que, de prosperar su recurso en los términos que formula, pudieran resultar adjudicatarias, por lo que tienen la condición de interesadas, estando legitimada para interponer el recurso conforme a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del RPERMC.

**Cuarto.** El acto de exclusión del procedimiento de licitación se produjo el 2 de noviembre de 2016, sin que fuese notificado individualmente a las recurrentes.

El recurso se presenta, precedido de su anuncio al órgano de contratación, el 23 de noviembre.

El artículo 44.1 y 2 del TRLCSP establece: *“1. Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recurso. 2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 (...)”*.

El artículo 19.5 del RPERMC dispone: *“Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.*



*Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”*

En el presente caso el Acuerdo recurrido no ha sido notificado individualmente con los requisitos del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), aplicable al procedimiento de contratación en que se dictó.

Hemos dicho reiteradamente que el TRLCSP no impone a los órganos de contratación la obligación de notificar separadamente los actos de exclusión, de modo que si no se notifican los recurrentes pueden esperar a formular su recurso al acto de adjudicación.

No obstante, en este caso las recurrentes han tenido conocimiento por medios distintos de la notificación individual en debida forma de su exclusión, y han hecho uso de su derecho a interponer el recurso especial contra el citado acto, sin esperar a su notificación a través de la del acto de adjudicación.

Así, dado la inexistencia de notificación individual del acto, el plazo para la interposición del recurso se inicia desde que, por su propia presentación, se pone de manifiesto el conocimiento del contenido del acto recurrido, por lo que hemos de estimar que el recurso se interpuso en tiempo y forma.

**Quinto.** Entrado ya en el fondo del asunto, la recurrente formula las siguientes alegaciones contra el acto por la que se le excluyó de la licitación.

Que si bien es cierto que la cifra de negocios de HINOBEPA S.L. en el año 2015 es la señalada en el acto recurrido. Pero estima que las cuentas anuales referidas a una sociedad también reflejan las sociedades filiales y participadas, de modo que la solvencia, medida por cifra de negocio, debe tener en cuenta tanto la participación directa como indirecta en el negocio de los aparcamientos.



Entiende que las cuentas recogen los resultados contables, pero no la cifra de negocios, para la cual hay que examinar sociedad por sociedad cual sea la cifra de negocios y sumarla a la sociedad matriz.

HINOBEPA S.L. participa a través de varias sociedades, tanto filiales como participadas por el mismo accionista, la familia Hinojosa.

Muestran su desacuerdo con la apreciación de la mesa respecto a considerar exclusivamente la cifra de negocios de HINOBEPA S. L., pues no tiene en cuenta la participación indirecta en todas y cada una de las sociedades de aparcamiento en las que interviene, de modo que para acreditar dicha solvencia, es imprescindible, salvo que la sociedad en cuestión liquide el impuesto de sociedades como "grupo empresarial", lo que no es el caso, aportar las cuentas de las sociedades filiales, circunstancia que se omite en el PB.

En fin, señala que a falta de haberle dado la oportunidad de subsanar, produciéndoles indefensión, HINOBEPA cuenta con la solvencia requerida en los pliegos, aportando al efecto los datos de la filiar "HINOSAL INVERSIONES S.L".

El órgano de contratación opone de contrario lo siguiente:

*“El Pliego se refiere, por tanto, a la solvencia de la empresa licitadora, y la declaración de la cifra de negocios se constata y confirma con las cuentas anuales. De hecho, se podría entender como aceptable la falta de presentación del documento de declaración formal de la cifra de negocios si ese dato se deduce con claridad de las cuentas anuales presentadas. Recordemos que en los modelos reglamentarios de las cuentas anuales establecidas en la legislación mercantil se incluye el apartado denominado importe neto de la cifra de negocios en la cuenta de pérdidas y ganancias, que es el que se comprueba para confirmar si la empresa cumple el requisito de solvencia en el caso que nos ocupa.*

*En este sentido la Memoria de la sociedad Hinobepa S.L. de 2013 establece en su pag. 7 que «el importe de la cifra de negocios de la Sociedad corresponde básicamente a los ingresos por prestación de servicios procedentes de la explotación de los aparcamientos, que es la actividad principal de la Sociedad, comprende también otros ingresos, y beneficios*



*del ejercicio». La propia licitadora en su escrito de alegaciones admite «Es cierto que la cifra de negocios de HINOBEPA ha sido de 828.103,36 en el año 2015 ... ».*

*De acuerdo con lo expuesto en el antecedente tercero, las cuentas anuales aportada por las dos empresas que forman la UTE recurrente, acreditan que la cifra de negocios de ambas, incluso sumadas, son inferiores a la exigida en la Base 12.2.e), 1.000.000 €. Todo ello sin entrar a valorar si la cifra de negocios que se desprende las cuentas anuales viene realmente referida a la actividad de gestión de aparcamientos como es exigido en el pliego, y con independencia de las valoraciones que se pudieran realizar sobre el objeto social de la empresa Komombo 2013, SL.*

*Asimismo debe indicarse que la oferta se presentó por las empresas Hinobepa, SL y Komombo 2013, SL en UTE, sin que en ningún momento en la documentación administrativa aportada se hiciera referencia o indicación alguna sobre el cumplimiento de los requisitos de solvencia económica por alguna empresa distinta a esas dos, habiéndose presentado las cuentas anuales de ambas empresas y no de otras. La recurrente, en sus alegaciones, asume su la falta de solvencia económica o financiera, e intenta suplirla aportando las cuentas anuales de una tercera empresa que no se ha presentado al procedimiento, Hinosal inversiones, S. L., alegando que se trata de sociedades filiales, si bien el pliego no permite tal circunstancia, tratándose de una empresa completamente ajena al procedimiento y de la que no se realizó mención alguna en la documentación presentada en el sobre número I. La documentación aportada tras la apertura del citado sobre 1, referente a una tercera empresa ajena a la licitación y que no ha sido referida en la documentación general, no podría ser valorada al entender que se trata de nueva documentación que modifica la oferta inicial.”*

*“En el caso que nos ocupa, a la vista de la documentación aportada por la propia licitadora, en este caso las cuentas anuales, la Mesa, con el asesoramiento de la Comisión Técnica, entendió que las empresas de la U.T.E. no poseían la solvencia requerida y no podían subsanar ese defecto porque la documentación para acreditar el requisito ya estaba aportada, no cabiendo solicitar subsanación sobre algo que no era susceptible de tal.”*



PARKING SANTA BÁRBARA, S.L., PROMO PARC SUBTERRÁNEO SERVICIOS, S.L. y PARQUES LOGÍSTICOS DEL SUR, S.L., en sus alegaciones sobre el fondo de la cuestión, apoya los argumentos de la Autoridad Portuaria, lo que igualmente hace CONTINENTAL PARKING, S.L. en las suyas.

**Sexto.** Hemos dicho hasta saciedad que el licitador que, acudiendo a la licitación presenta su ofertas sin recurrir previamente los pliegos, acepta incondicionadamente el contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, sin que pueda ir contra ellos al recurrir los actos posteriores tanto por ser extemporáneo el recurso como por contravenir el principio de no venir contra los propios actos.

Hemos por tanto de rechazar cualquier consideración de la recurrente en cuanto a la conformidad a derecho del PB.

Esto no obstante la base B 12 del PB debe interpretarse de acuerdo con los preceptos del TRLCSP, contenidos en los artículos 62 a 64, y 74 y 75 del TRLCSP.

Así establece el artículo 62 del TRLCSP lo siguiente: *“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.*

*2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.”*

De otra parte el artículo 63 del TRLCSP establece: *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”*



El artículo 74 del mismo texto legal, referido a los medios para acreditar la solvencia, señala que:

*“1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.*

*2. La clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo que aquéllos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma.*

*3. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 75 a 79 para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada”.*

El artículo 75 del TRLCSP por último establece: *“1. La solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:*

*a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.*

*b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.*

*c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en*



*el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.*

*Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.*

*2. La acreditación documental de la suficiencia de la solvencia económica y financiera del empresario se efectuará mediante la aportación de los certificados y documentos que para cada caso se determinen reglamentariamente. En todo caso, la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Administraciones Públicas acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario.*

*3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia económica y financiera de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa del importe mínimo, expresado en euros, de cada uno de ellos. En su defecto, la acreditación de la solvencia económica y financiera se efectuará según lo dispuesto a tales efectos en el apartado 1 del artículo 65 de la Ley.”*

El artículo 11.4.a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre (RGLCAP), indica, “*El volumen anual de negocios del licitador o candidato se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.*”





De los citados preceptos resulta que el órgano de contratación es el competente para determinar los medios y documentos a través de los cuales deben las empresas acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, pero los mismos deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales a tal objeto. Y, tratándose de un contrato sujeto a regulación armonizada, la citada documentación no podrá ser otra que la contemplada en los artículos 75 a 79 del TRLCSP.

Pues bien, el PB se acomoda a las exigencias de los artículos 79.1.a) del TRLCSP y 11.4.a).

Respecto a cómo deben aplicarse a las Uniones Temporales de Empresas (UTEs) los preceptos anteriores, el artículo 24 del RGLCAP, determina que *“en las uniones temporales de empresarios, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*.

Así las cosas cada una de las empresas de la UTE debe acreditar su capacidad y su solvencia, independientemente de la posible acumulación posterior.

A mayor abundamiento cabe citar, como hace el recurrente, los informes de los órganos consultivos en materia de contratación administrativa, en particular en este caso los informes 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y el informe 11/08, de 30 de abril de 2009, de la Junta Consultiva de Baleares, que analizan específicamente y con detalle el cumplimiento del requisito de capacidad de obrar de las Uniones Temporales de empresarios. La conclusión de ambos informes es unánime en el sentido de que todas las empresas que integran una UTE tienen que acreditar una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato. Cada una de ellas tiene que acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad de obrar, entre los que se halla la adecuación entre sus fines, objeto y ámbito de actividad y las prestaciones objeto del contrato.

En fin al igual que es posible acumular la solvencia de ambos componentes de la UTE el artículo 63 del TRLCSP que permite integrar la solvencia con medios de otras entidades,



independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

Así las cosas, ambas empresas conformantes de la UTE debían acreditar de acuerdo con el PB la cifra de negocios global en la actividad de gestión de aparcamientos, de los dos últimos ejercicios, de modo que de la acumulación de ambas cifras resultase una cuantía de 1.000.000 euros de ventas anual.

Del informe de la comisión técnica resulta que de la documentación presentada por ambas empresas se deduce la cifra de negocios global de la actividad, pero no la específica en la actividad de gestión de aparcamiento, toda vez que, a diferencia de las demás licitadoras, se limitaron a presentar las cuentas anuales sin acompañarlas de una declaración de que parte de aquella cifra de negocio procede de la actividad de aparcamiento en los dos últimos ejercicios, como exige el PB.

Además la empresa KOMOMBO 2013, S.L., solo justifica la cifra de negocios global de un ejercicio.

En fin, como bien dice el órgano de contratación, KOMOMBO 2013, S.L. pudo presentar la documentación acreditativa de la solvencia de otra empresa a la que estuviese vinculada y no lo hizo.

Por último señalar que las manifestaciones en la memoria de las cuentas relativa al objeto social, no ha de tenerse en especial consideración, pues la comprobación del objeto social con el objeto del contrato, debe hacerse al apreciar la documentación acreditativa de la capacidad de obrar, y la mesa aceptó aquella documentación como suficiente.

Es cierto que el órgano de contratación debió de dar a las recurrentes la oportunidad de subsanar y no lo hizo. Ahora en recurso, dichas empresas proceden a aportar documentación para subsanar los defectos, pero la citada documentación no los subsana.

Ello es así porque no se declara en concreto qué parte de su cifra de negocio de cada sociedad procedía de la actividad de aparcamiento en los dos últimos ejercicios, como exige



el PB, sin que la cifra global de negocio sea suficiente, tanto más cuanto sumadas las cifras de negocio en globo tampoco alcanzan lo señalado en el PB.

En fin, si bien cabe integrar la solvencia de los licitadores con la de otras entidades en los términos del artículo 63 del TRLCSP, no se hace, pues amén de ser necesario conocer la cifra de negocios procedente de la actividad de aparcamiento de las licitadoras, que en ningún momento se ha manifestado, no basta con aportar la documentación de una empresa vinculada, es necesario además concretar la cifra de negocios de ésta procedente de la actividad de aparcamiento, y, sobre todo, que las recurrentes demuestren que, para la ejecución del contrato, disponen efectivamente de los medios económicos de la empresa vinculada, lo que solo puede hacerse mediante un documento de dicha empresa, que no se ha aportado.

En fin, las recurrentes tanto en el procedimiento de licitación como en su intento de subsanación en vía de recurso, no solo no han acreditado que la cifra de negocio en el sector de aparcamiento de los dos últimos ejercicios alcance la cuantía exigida por el PB, sino que ni tan siquiera han acreditado que ambas empresas tengan cifra de negocio procedente de dicha actividad.

En suma, las empresas licitadoras no han acreditado la solvencia económica y financiera exigida por el PB, por lo que se estima que el acto recurrido es conforme a derecho.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

**ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. E.H.D.D., en nombre y representación de la UTE formada por HINOBEPA S.L. y KOMOMBO 2013 S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación, de 2 de noviembre de 2016, por el que se la excluye de la licitación del contrato de *“Servicio comercial de estacionamiento de vehículos pesados y servicios complementarios al transportista en el terminal de tráfico pesado (TTP) en muelle de Isla Verde interior del puerto de Algeciras”*, (Expediente 2016-042), licitado por la Autoridad

Portuaria de la Bahía de Algeciras, ente público dependiente de la Administración General del Estado.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con los artículos 47.4 del TRLCSP y 31.3 del RPERMC.

**Tercero.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.