



Recurso nº 25/2019

Resolución nº 152/2019

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

En Madrid, a 22 de febrero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.N.M. en nombre de D. H.ME., D. C.M.C., D. B.I.M., D. R.I., D. M..LB., D. R.L.E., D. F.G.H. y D. M.C.M.E., frente a la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 17 de diciembre de 2018 de elección de la oferta más ventajosa del concurso público para el otorgamiento de la autorización para la *"Explotación de la Dársena para embarcaciones menores en el Puerto de La Savina"* (Expdte. E.M.-759), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de las Islas Baleares nº 59, de 12 de mayo de 2018, la Autoridad Portuaria de Baleares convocó concurso público para el otorgamiento de la autorización temporal para la *"Explotación de la Dársena para embarcaciones menores en el Puerto de La Savina"*.

Tras la tramitación del procedimiento, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, en fecha 17 de diciembre de 2018, aprueba la siguiente propuesta:

""a) Elegir como oferta más ventajosa del concurso público convocado para el otorgamiento de la autorización administrativa para la "Explotación de la Dársena para Embarcaciones Menores en el Puerto de La Savina (Formentera)" (E.M. 759) la presentada por DESARROLLOS CONCESIONALES INSULARES, S. L., que se tramitará de acuerdo con el artículo 78 del TRLPEMM. La elección de esta solución no presupone ningún derecho del ofertante seleccionado a ser adjudicatario definitivo, hasta que no se haya otorgado la autorización administrativa, ni ningún otro más allá de los propios de esta elección.



b) Delegar en el Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares la resolución de este Concurso Público para la "Explotación de la Dársena para Embarcaciones Menores en el Puerto de La Savina (Formentera)" (E.M. 759) y el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa, si, una vez finalizada su tramitación, no se derivan de ella modificaciones sustanciales respecto a la solución inicialmente elegida."

Segundo. Frente al citado acuerdo se interpone con fecha 8 de enero de 2019 recurso especial en materia de contratación en nombre de D. H.ME., D. C.M.C., D. B.I.M., D. R.I., D. M..LB., D. R.L.E., D. F.G.H. y D. M.C.M.E..

Se indica en el recurso que la prestación objeto del contrato es la explotación de la dársena para embarcaciones menores del Puerto de la Savina, gestionado por la Autoridad Portuaria de Baleares. Se precisa además que de acuerdo con la Base 1ª, el contrato comprende la prestación de los siguientes servicios:

- Gestión de amarres de embarcaciones de recreo.
- Suministro de agua, energía eléctrica, telefonía y transmisión de datos.
- Gestión de residuos.
- Otros servicios.

Se estima por ello por los recurrentes que nos encontramos ante un contrato compuesto por diversas prestaciones sujetas a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), defendiendo que tal interpretación se confirma por el precedente de este contrato, el concurso público aprobado por el órgano entonces competente, con fecha de 25 de junio de 1992, para la construcción y explotación de una dársena para embarcaciones menores en el Puerto de La Savina (Formentera).

En este sentido, los recurrentes manifiestan que *"han tenido conocimiento de que la Abogacía General del Estado informó con fecha de 19 de junio de 2017, en relación con el antecedente anterior, que "se aprecia fundamento jurídico" para concluir que el título en virtud del cual se viene explotando la dársena de La Sabina es un contrato administrativo de gestión de servicios*



públicos sujeto a la entonces vigente Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, y no una concesión demanial portuaria.

No nos encontramos, pues, ante un negocio excluido del ámbito de aplicación de la LCSP”.

Se añade a lo anterior que si bien en los pliegos no se especifica el valor estimado del contrato, “si se atiende exclusivamente al valor de las tasas que ha de abonar el adjudicatario (de ocupación, de actividad, de ayuda a la navegación y de las embarcaciones de recreo), así como los ingresos de explotación previsibles, multiplicado por la posibilidad de prórroga de un año prevista en los pliegos, es obvio que se trata de un contrato de servicios susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo previsto en el artículo 44.1 a) LCSP.

Incluso en el caso de que se considerase que se tratara de una concesión de servicios, no cabe duda de que el valor estimado del contrato, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 101 LCSP es claramente superior al valor estimado de 3.000.000 de euros establecido en el artículo 44.1 c) LCSP”.

Apuntan los recurrentes que “si bien la Autoridad Portuaria ha vulnerado las obligaciones de publicidad respecto a la adjudicación, los recurrentes han tenido conocimiento recientemente de que la Autoridad Portuaria de Baleares, en fecha 2 de enero de 2018 ha informado al actual adjudicatario que “En el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Balears celebrado el pasado 17 de diciembre de 2018, se acordó aprobar la elección de la solución más ventajosa del Concurso Público de la autorización temporal para la explotación de la dársena para embarcaciones menores en el puerto de la Savina” a la empresa Desarrollos Concesionales Insulares S.L, comunicando, asimismo que el actual adjudicatario dispone de “... un plazo improrrogable de quince días, desde la finalización de la autorización para el completo desalojo de las instalaciones...”.

Queda claro, pues, que mediante este acto, la Autoridad Portuaria ha resuelto el concurso a favor de la empresa Desarrollos Concesionales Insulares S.L., toda vez que se trata de un acto del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria como órgano competente para determinar la adjudicación, y no de una propuesta de la Mesa de Contratación al órgano que deba acordarla”.



En cuanto a la legitimación, se expone que *“los recurrentes tienen la condición de trabajadores fijos, vinculados exclusivamente a la gestión de la dársena de embarcaciones menores del Puerto de la Savina, de la que hasta la fecha ha sido adjudicataria Formentera Mar, SA, y como tales, les es de aplicación el vigente convenio de instalaciones deportivas, publicado en el BOE número 141, de 11 de junio de 2018, el cual, en su artículo 25 establece la obligación de subrogación, en caso de cambio de concesionario, en relación con el artículo 44 ET y la Directiva Comunitaria correspondiente”*.

Se apunta asimismo que *“la legitimación en defensa de los derechos de los trabajadores se ha ido ampliando en el marco de las Directivas Comunitarias de Contratación, hasta llegar a las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, en las que se viene a proclamar que, en aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y las entidades adjudicadoras tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión”*.

Y se añade:

“La consecuencia de la vulneración del artículo 130 LCSP, que aquí se señala implica que los trabajadores se vean directamente afectados y perjudicados, por dos razones:

- *De un lado, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 130 LCSP, a tenor del cual, cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación.*



· Y, de otro, que el adjudicatario, al conformar su oferta, no ha tenido en cuenta los costes laborales ni las obligaciones de subrogación impuestas por el convenio colectivo de aplicación”.

Se defiende, en efecto, que existe vulneración del artículo 130 de la LCSP, en cuanto a la obligación de información en caso de existencia de obligación de subrogar a los trabajadores por convenio colectivo.

Adicionalmente, se defiende que concurre nulidad de pleno derecho de la licitación por la causa de nulidad prevista en el apartado 2, letra c), del artículo 39 de la LCSP, dado que se ha omitido totalmente la publicación de la convocatoria en los términos previstos en la LCSP, limitándose a un anuncio del concurso en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Se apunta por ello a la causa de nulidad prevista en el artículo 132 de la LCSP: “La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Y se concluye solicitando que se declare nula, anule o deje sin efecto la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 17 de diciembre de 2018.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso, señalando que en el presente caso los pliegos regulan la licitación de una autorización de ocupación y gestión temporal del dominio público portuario por el plazo de un año con posibilidad de prórroga por un máximo de un año, a solicitud del autorizado, si al finalizar el plazo inicial no hubiera sido elegida la solución más ventajosa del concurso para el otorgamiento de la concesión de estos espacios portuarios.

Se indica asimismo que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares en su acuerdo de fecha 17 de diciembre de 2018 elige como oferta más ventajosa del concurso público convocado para el otorgamiento de la autorización administrativa a la presentada por DESARROLLOS CONCESIONALES INSULARES, S. L., que se tramitará de acuerdo con el artículo 78 del TRLPEMM.



Así pues, la resolución recurrida consiste en la elección por parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de la oferta más ventajosa, en la licitación de un concurso para el otorgamiento de una autorización de ocupación temporal del dominio público portuario. La tramitación y otorgamiento de dicha autorización viene regulada por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM).

Se concluye por ello en el informe que *“el acto recurrido no puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por tratarse de una autorización demanial que incluye la explotación de un establecimiento para dar servicio a usuarios portuarios y en la que existe una ocupación de dominio público portuario, no encontrándose encuadrada en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Se cita en este punto el pliego de bases del concurso, el cual dice expresamente que su objeto constituye *“la elección de la solución más ventajosa para el otorgamiento de una autorización administrativa para la explotación de una superficie total de 12.492,80 m2, caracterizados por 412,3 m de línea de atraque, edificio A de servicios+recinto de depósito de gas asociada, edificio de Torre de Control y edificio de aseos adyacentes, en la zona de dominio público portuario asociada a la dársena pesquera del Puerto de La Savina”*.

Así pues, *“siendo el objeto de licitación una autorización demanial y lo que se licita, servicios portuarios, es de aplicación lo dispuesto en los artículos 76 y ss del TRLPEMM, no siendo de aplicación el LCSP, excepto en lo que se refiere a la sumisión de las Autoridades Portuarias a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del organismo y homogeneización del sistema de contratación en el sector público, tal como se recoge en el TRLPEMM”*.

Y se añade que:

“No obstante lo anterior, y a meros efectos dialécticos, incluso si cupiera entender que el concurso licitado es un contrato de gestión de servicios públicos, éste no sería susceptible de recurso especial en materia de contratación al no superar los tres millones de euros en concepto de gastos de primer establecimiento (artículo 40.1.c) del TRLCSP)”.



De otra parte, y en relación con lo indicado en el recurso, se matiza lo siguiente:

“ (...)De hecho, el recurrente confunde los procedimientos, por cuanto, se refiere a la figura del contrato de gestión de servicios públicos otorgado en su día a la entidad Formentera Mar, haciendo valer que la resolución recurrida es también la adjudicación de otro contrato para la misma prestación.

En este sentido conviene aclarar:

En fecha 20 de septiembre de 2017, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares acordó denegar la ampliación de plazo y la prórroga solicitada por la entidad Formentera Mar S.A., adjudicataria del contrato para la explotación de la dársena de embarcaciones menores en el puerto de la Savina en Formentera. Dicha denegación se fundamenta en que la naturaleza jurídica del título otorgado en su día, no era el de una concesión demanial, sino el de un contrato de gestión de servicios públicos, no siéndole de aplicación lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima del TRELPEMM, al amparo del cual solicitaban la ampliación de plazo de la concesión ni el artículo 82.2.b. del mismo Texto legal, en base al cual solicitaban la prórroga.

Desde el momento de la finalización del plazo del contrato de gestión de servicios públicos otorgado a Formentera Mar, esta sociedad ha venido gestionando dicho espacio en virtud de una autorización temporal, hasta que posteriormente el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, en fecha 21 de marzo de 2018, aprobó unos pliegos que tienen por objeto, como se ha dicho “la elección de la solución más ventajosa para el otorgamiento de una autorización administrativa para la explotación de una superficie total de 12.492,80 m2, caracterizados por 412,3 m de línea de atraque, edificio A de servicios+recinto de depósito de gas asociada, edificio de Torre de Control y edificio de aseos adyacentes, en la zona de dominio público portuario asociada a la dársena pesquera del Puerto de La Savina” (...).”

Además, se defiende que:

“Los recurrentes dicen ser trabajadores fijos vinculados a la gestión de la dársena de embarcaciones menores del puerto de la Savina de la que había sido adjudicataria



Formentera Mar. Corresponde por tanto a la empresa Formentera Mar, la interposición en su caso del presente recurso, pues es quien tiene interés legítimo en dicho expediente, careciendo los trabajadores de dicha legitimación.”.

Cuarto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite el licitador FORMENTERA MAR, S.A., quien considera que la pretensión de los trabajadores recurrentes está plenamente acreditada. En primer lugar, en cuanto a la obligación de subrogación, por cuanto así resulta del Convenio específicamente aplicable, por lo que los pliegos reguladores de la licitación debieron preverlo así expresamente, en aplicación del artículo 130 de la LCSP. Además, estima que el adjudicatario, al conformar su oferta, no ha tenido en cuenta los costes laborales ni las obligaciones de subrogación impuestas por el convenio colectivo de aplicación. Por todo ello solicita que se dicte resolución por la que se declare nula, anule o deje sin efecto la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 17 de diciembre de 2018.

Quinto. Con fecha 18 de enero de 2019 la Secretaría de este Tribunal, por delegación de éste, acordó levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. La primera cuestión a dilucidar es la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso, a la vista de que el mismo se refiere a un contrato cuyo objeto, conforme al pliego de bases, se define como el otorgamiento de una autorización administrativa para la explotación de una zona de dominio público portuario. Más en concreto, en la base 13 del pliego de bases para el concurso público para la explotación de la dársena para embarcaciones menores en el puerto de La Savina (redactadas en virtud de lo dispuesto en los arts. 79 y 139 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), referida al objeto del concurso, se indica:

“Es objeto de este concurso la elección de la solución más ventajosa para el otorgamiento de una autorización administrativa para la explotación de una superficie total de 12.492,80 m2, caracterizados por 412,3 m de línea de atraque, edificio A de servicios+recinto de depósito de gas asociada, edificio de Torre de Control y edificio de aseos adyacentes, en la zona de dominio público portuario asociada a la dársena pesquera del Puerto de La Savina”.

En concordancia con ello, el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 17 de diciembre de 2018, aquí impugnado, tiene por objeto la elección de la oferta más ventajosa para el otorgamiento de la autorización administrativa para la *"Explotación de la Dársena para Embarcaciones Menores en el Puerto de La Savina (Formentera)"*, que se tramitará de acuerdo con el artículo 78 del TRLPEMM.

Nos encontramos por lo tanto ante un acuerdo dictado en un procedimiento de licitación referido al otorgamiento de una autorización administrativa para la ocupación y utilización del dominio público portuario, conforme a las disposiciones 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.

Así las cosas, se trata de una autorización sobre bienes de dominio público que se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la vigente Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la misma, que establece lo siguiente:

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

A idéntica conclusión llegó este Tribunal en su Resolución nº 603/2018, referida a un concurso cuyo objeto era la elección de la solución más ventajosa para el otorgamiento de una concesión administrativa para la explotación de una parcela de dominio público portuario con dos edificaciones, ubicadas en el faro de La Mola en la isla de Formentera. Apuntábamos en



dicha resolución que, siendo la esencia del negocio la explotación del dominio público portuario, al amparo de lo previsto en los artículos 81 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se trata de materia que queda fuera de la competencia revisora de este Tribunal, encontrándose directamente excluida de la LCSP conforme a su artículo 9.

No afecta a estas consideraciones cuál fuese la naturaleza del previo contrato a que aluden los recurrentes, puesto que aquí hemos de estar exclusivamente a la naturaleza del negocio al que se refiere el presente recurso, en el que el elemento esencial del contrato lo constituye determinación de las condiciones para la ocupación y gestión de la correspondiente zona de dominio público portuario, conforme a la normativa reguladora de éste.

Los razonamientos que han quedado expuestos nos llevan por ello a la inadmisión del recurso, al quedar excluido el contrato al que se refiere del ámbito de aplicación de la LCSP y, con ello, de la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación regulado en los artículos 44 y siguientes de dicha Ley.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. S.N.M. en nombre de D. H.ME., D. C.M.C., D. B.I.M., D. R.I., D. M.L.B., D. R.L.E., D. F.G.H. y D. M.C.M.E., frente a la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de 17 de diciembre de 2018 de elección de la oferta más ventajosa para el otorgamiento de autorización para la *“Explotación de la Dársena para embarcaciones menores en el Puerto de La Savina”* (Expdte. E.M.-759).

Segundo. 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 58.2 de la Ley 9/2017.



Tercero. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual *“el error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, procede devolver el citado escrito al órgano de contratación para la tramitación del recurso administrativo que proceda.

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.