



Recurso nº 1222/2023 C. Valenciana 277/2023

Resolución nº 1336/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 20 de octubre de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.J.I., en representación de MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM, S.L., contra su exclusión del procedimiento “*Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra*”, con expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa, así como el posterior acuerdo de la mesa proponiendo la adjudicación de fecha 1.8.2023, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP); este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. Con fecha 9 de mayo de 2023 se acordó aprobar el expediente de CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL PARA LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO DE BAR –



CAFETERÍA EN CALA BALADRAR, POR PROCEDIMIENTO ABIERTO, así como sus actos y actuaciones; y, expresamente, la memoria del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

Tercero. El mismo día, 9 de mayo de 2023, fue publicado el Anuncio de licitación en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Benissa, alojado en la plataforma de Contratación del Sector Público.

Cuarto. El 6 de junio de 2023 se constituye la Mesa de Contratación para la apertura y calificación de la documentación administrativa y en ella se acuerda requerir de subsanación a la licitadora hoy recurrente, en lo que se refiere a la acreditación de la solvencia técnica, otorgando un plazo de 3 días naturales.

En fecha 13 de junio, analizada la documentación aportada, la Mesa de Contratación acuerda conceder a la licitadora nuevo plazo de subsanación a la vista de que la misma se refiere a otras empresas y dueños y no se detallan las funciones exactas realizadas por el administrador único, entendiéndose que debe justificar mejor su solvencia *“ya que realmente lo que se está presentando es una empresa de nueva creación y por tanto debería justificar la solvencia aplicando el artículo 90.4 de la LCSP”*.

En fecha 4 de julio, analizada la documentación aportada en virtud de este segundo requerimiento de subsanación, la Mesa de Contratación la considera correcta y acuerda admitir todas las ofertas presentadas.

En fecha 25 de julio de 2023, analizadas las alegaciones presentadas por la licitadora M.D.R., en fecha 6 de julio y sobre la base del informe preparado por la TAG de contratación, la Mesa revisa de nuevo la documentación y decide la exclusión de la hoy recurrente (MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM, S.L.). Dicho acuerdo se comunica el 27 de julio de 2023, constanding su recepción por la ahora recurrente el 28 de julio de 2023.

Quinto. Disconforme con la citada Resolución por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación, la recurrente presenta ante este Tribunal escrito de interposición del recurso frente al acuerdo adoptado por la mesa de contratación en sesión



de 25 de julio de 2023, por el que acuerda excluir a MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM, S.L. del proceso de licitación, así como el posterior acuerdo de la mesa proponiendo la adjudicación de fecha 1.8.2023 interesando, según recoge en el suplico, que *“se sirva revocarlas y dejarlas sin efecto, y consiguientemente se acuerde retrotraer las actuaciones al momento en el que se produjo el vicio invalidante”*.

Sexto. En fecha 24 de agosto de 2023, el Sr. alcalde-presidente del Ayuntamiento de Benissa dicta Decreto en el que, avocando la competencia delegada de la Junta de Gobierno Local en la competencia originaria de esta Alcaldía para la emisión del informe relativo a este recurso especial, acuerda *“Ratificar y suscribir íntegramente el Informe emitido por la TAG de contratación de fecha 23 de agosto de 2023” e “Informar desfavorablemente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM, S.L. contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación en fecha 25 de julio de 2023 y el acuerdo de fecha 1 de agosto de 2023 sobre proposición de adjudicatario, solicitando la desestimación de sus pretensiones”*.

Séptimo. Con fecha 25 de agosto de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones habiéndose evacuado el trámite por M.D.R.

Octavo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 31 de agosto de 2023 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso tiene por objeto la impugnación del acuerdo de exclusión de la hoy recurrente adoptado por la mesa de contratación en fecha 25 de julio de 2023 y el acuerdo de fecha 1 de agosto de 2023 sobre proposición de adjudicatario en el



procedimiento “Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra”, con expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa, con un valor estimado de 152.000,00 €.

Segundo. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, a tenor de lo previsto en el artículo 45 de la LCSP, así como de acuerdo con el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencias de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Tercero. La legitimación activa de la entidad recurrente deriva de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, en cuanto resultó excluida del procedimiento de licitación y de estimarse el recurso contra dicha decisión, podría resultar propuesta como adjudicataria.

Cuarto. El presente recurso se interpone en la licitación de un contrato calificado en el PCAP como administrativo especial (y no de servicios, como invoca la recurrente), cuyo valor estimado es 152.000 euros, IVA excluido.

El acuerdo de exclusión impugnado es susceptible de recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 44.2.b) de la LCSP. En efecto, dicho acuerdo se alcanza por la mesa de contratación, apreciando falta de solvencia en la ahora recurrente y por ello ejerciendo las competencias que legalmente le atribuye el artículo 326 en relación con los artículos 140 y 141, todos ellos de la LCSP.

No podemos llegar a la misma conclusión en relación con el recurso dirigido contra la propuesta de adjudicación de adjudicación que también acuerda la mesa de contratación. Como reiteradamente hemos señalado (por todas nuestra Resolución nº 574/2023 y las que en ella se citan), la propuesta de adjudicación es un acto de trámite no cualificado, al carecer de los requisitos señalados para serlo en el artículo 44.2 b) de la LCSP. Por ello, el recurso contra la propuesta de adjudicación sería, en todo caso, inadmisibile con base en lo señalado en el artículo 55 c) de la LCSP.

Siendo susceptible de recurso, el acuerdo de exclusión dictado por la mesa de contratación, debemos analizar si, por razón del tipo de contrato, el recurso especial resulta admisible.



Sobre esta cuestión nos hemos ya pronunciado en nuestra Resolución nº 1314/2023, dictada en el recurso especial nº 1198/2023 interpuesto por otro licitador igualmente excluido. En dicha Resolución analizábamos la naturaleza jurídica del contrato que ahora nos ocupa y llegamos a la conclusión de considerarlo una concesión de servicios, por las siguientes razones:

“El recurso se interpone en la licitación de un contrato calificado en el PCAP como administrativo especial (y no de servicios, como invoca la recurrente), cuyo valor estimado es 152.000 euros, IVA excluido.

En particular, el contrato se denomina “de explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladrar, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable” y, como desarrollaremos a continuación, es un contrato calificado por el órgano de contratación como administrativo especial, para cuya prestación el adjudicatario contará con una autorización de uso especial, no privativo del demanio.

Para analizar dicha calificación, determinante para valorar la admisión del presente recurso, cuya inadmisión postula una de las partes en el mismo, resulta proceder al análisis de los pliegos siendo a los mismos y a su contenido a los que hay que atender para calificar el contrato, y no a la denominación del mismo, como ha señalado de manera reiterada este Tribunal en diversas resoluciones, como la 560/2015 de 12 de junio, donde dijimos que “las cosas son lo que son, al margen de la denominación utilizada por las partes o, dicho de otro modo, la denominación que a un contrato le dé el pliego no vincula al Tribunal”.

Atendido lo anterior, debemos comenzar rechazando la calificación del presente contrato como contrato administrativo especial en la línea ya iniciada (Expediente 87/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del estado).

En efecto, tras la reforma llevada a cabo por la vigente Ley de Contratos la amplia delimitación del contrato de prestación del servicio de bar-cafetería en dependencias calificadas de dominio público, no debe ser calificada de contrato administrativo especial, sino que deben calificarse como un contrato administrativo típico, siempre que ello sea posible atendidas las cláusulas del pliego (en este mismo sentido los contratos analizados en los recursos resueltos mediante nuestras Resoluciones nº 748/2023 y 997/2023).



En este sentido, conviene señalar cómo frente atender a la cláusula cuarta del PCAP que determina que “(...) el empresario que resulte adjudicatario del contrato administrativo especial contará con la autorización de uso especial de carácter temporal, del espacio público delimitado para la instalación del quiosco o instalación desmontable y otros elementos para ofrecer el servicio de bar-cafetería”, que parece conducir a calificar como concesión demanial a la relación jurídica, el resto del clausulado se orienta y enfoca al contrato de concesión de servicio.

Así, la cláusula 1.1 al describir el objeto de contrato y la necesidad a satisfacer con este, pone el centro en la prestación del servicio de bar-cafetería y con ello aleja la opción de calificar como concesión demanial, lo que es un contrato administrativo típico, cuando señala:

Objeto del contrato: Explotación del servicio de bar-cafetería en Cala Baladrar, mediante la instalación de un quiosco o instalación desmontable, durante el período de vigencia del contrato.

Necesidad a satisfacer:

La necesidad del contrato es dar servicio de bar-cafetería a la población de Benissa, así como a los visitantes y turistas que vienen a disfrutar de la zona costera de Benissa, en la temporada estival. Se trata de ofrecer un servicio que fomenta y enriquece el turismo del municipio, mejorando los servicios de la playa de Cala Baladrar. La principal necesidad a satisfacer es, por tanto, la de ofrecer un servicio que resulte más atrayente para el turismo, con preferencia a la función de explotación patrimonial de un bien público. Por otra parte, además de aumentar la oferta lúdica y de ocio de la Cala Baladrar, también se fomenta el comercio de hostelería.

Siendo ello así, hemos de tener además en cuenta que la licitación se promueve por el Ayuntamiento y no por quien solicita una habilitación para el uso especial del demanio y que, al fijar los CPV del contrato estos claramente se vinculan con la contratación de servicios y, en consecuencia, al definir la solvencia exigible, la cláusula 8.5 con relación a la económica se centra en un seguro de responsabilidad profesional y para la técnica o



profesional claramente se vincula con la experiencia en la prestación del servicio contratado que no en la utilización del demanio con carácter especial, no privativo.

En concreto, sobre la solvencia técnica la cláusula en cuestión señala:

La solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse por el medio siguiente:

*a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.; estos servicios deberán ser de igual naturaleza al que constituye el objeto del presente contrato, esto es, la explotación del servicio de bar-cafetería con expedición de bebidas y otros productos alimenticios, llevando implícito el mantenimiento, la conservación y la limpieza diaria de las **Ajuntament de Benissa** zonas e instalaciones en las que se desarrolla el servicio.*

En cuanto a los criterios de adjudicación, al igual que previamente para fijar el valor estimado del contrato, la cláusula 10 tiene en cuenta el importe de canon anual ofertado, como elementos propios de la prestación del servicio y vinculados a la calidad de este

Todo ello conduce a descartar que el contrato que nos ocupa pueda ser calificado como concesión demanial.

Siendo ello así, debemos, a continuación, analizar si el contenido del contrato, las obligaciones definidas en este, se enmarcan en las propias de un contrato de concesión de servicios o contrato de servicios. Cualquiera de ellas impediría la aplicación de la categoría de contrato administrativo especial, al ser esta residual y solo predicable de aquellos contratos que no encajan en las categorías de contratos típicos.

En la relación de las obligaciones del contratista es donde encontramos un más fácil encuadre de aquellas con las típicas de un contrato de concesión de servicios. En particular, en la cláusula 22, que al definir las obligaciones del adjudicatario durante la ejecución del contrato, incluye además de la clásica referencia a la ejecución a riesgo y



ventura del contratista quien no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas o perjuicios ocasionados en el desarrollo de la actividad de bar-cafetería. No tendrá derecho a indemnización en el caso de que por circunstancias ajenas al Ayuntamiento de Benissa y de carácter imprevisible no pueda realizar se la prestación objeto del presente contrato.....”.

Una vez calificado el contrato de concesión de servicios, concluíamos señalando:

“Siendo ello así, dado que su valor estimado es claramente inferior a tres millones de euros, que es el exigido por el artículo 44.1 c) de la LCSP para el acceso al recurso, este ha de ser inadmitido con base en lo señalado en el artículo 55 c) de la LCSP”.

Conclusión a la que igualmente debemos llegar en este recurso, para el que acordamos la inadmisión con base en el artículo 55 c) de la LCSP.

Quinto. Concorre, además, una causa añadida para la inadmisión del recurso respecto del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación en fecha 25.07.2023 por extemporáneo.

En efecto, habiendo sido notificado dicho acuerdo a la recurrente el día 28.07.2023, el plazo para la interposición del recurso finalizaba el día 18.08.2023 de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.1 c) de la LCSP, siendo así que el recurso se presentó el día 22.08.2023 y, por consiguiente, fuera de plazo, procede su inadmisión con base en el artículo 55 d) de la LCSP.

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. V.J.I., en representación de MEDITERRANEAN GASTRONOMY TEAM, S.L., contra el acuerdo de exclusión y la propuesta de adjudicación del procedimiento *“Explotación servicio bar - cafetería en Cala Baladra”*, con expediente 978/2023, convocado por el Ayuntamiento de Benissa.



Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES