



Recurso nº 050/2012

Resolución nº 076/2012

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Doña A.S.A en nombre y representación de TARAMPARO S.L. contra la convocatoria por la Autoridad Portuaria de Baleares de licitación pública para la gestión de puestos de amarre en la Ribera Norte del puerto de Maó y los pliegos de bases que han de regir la misma, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 15 de febrero de 2012, la Autoridad Portuaria de Baleares convocó licitación pública para la gestión mediante concesión administrativa de determinadas zonas de dominio público portuario y la incorporación a la superficie de explotación otorgada en concesión de una serie de infraestructuras, superestructuras, espacios e instalaciones.

Segundo. Contra dicha convocatoria y contra el pliego de bases que la rige, se ha presentado recurso por TARAMPARO S.L. a través de su representación, en el que tras los argumentos que considera adecuados, solicita que se anule la incorporación de las infraestructuras, superestructuras, espacios e instalaciones y su zona de influencia en los términos que derivan de su escrito de interposición.

Tercero. Con fecha 7 de marzo de 2012 se remite a este Tribunal el correspondiente expediente acompañado del informe del órgano de contratación.

Cuarto. El Tribunal, en sesión del día 14 de marzo de 2012 acordó conforme a lo establecido en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público la suspensión del expediente de contratación. Con fecha 27 de marzo de 2012, la Autoridad Portuaria de Baleares remite escrito al Tribunal en súplica de que se revise el acuerdo de suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. 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, podemos indicar que 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 deduce claramente de lo anterior que la determinación de a cuál de estos conceptos responde la concesión objeto del proceso adjudicador cuya convocatoria y pliego de bases impugna la recurrente, exige un análisis del contenido de este último de forma especial en lo que respecta al objeto de la concesión. En tal sentido, el indicado pliego dispone en su base primera que *“es objeto de este concurso la explotación, conforme se define en las presentes bases y en los planos anexos, mediante la oportuna concesión administrativa, de: Unas zonas de dominio público portuario con un total aproximado de 75.946,00 m2, conforme se detalla en los planos adjuntos, que comprenden 75.806,00 m2 de superficie de espejo de agua en explotación (en adelante, EAE), así como una superficie terrestre de 140,00 m2 y la incorporación a la superficie de explotación otorgada en concesión de una serie de infraestructuras, superestructuras, espacios e instalaciones, según detalle que a continuación se relaciona:”*. Sigue una relación de instalaciones existentes en la actualidad en el puerto.

La simple lectura de esta base pone de manifiesto que el objeto de la concesión está constituido por una superficie de agua y por un terreno que cuenta con una serie de instalaciones todas ellas integradas en el dominio marítimo portuario de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la ya mencionada Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante en relación el artículo 4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Se cumple así 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. Ello no resulta desvirtuado por el hecho de que el concesionario deba facilitar a los usuarios el suministro de agua y electricidad para las embarcaciones amarradas pues ello no supone sino una

característica de la propia instalación que debe contar con los puntos de conexión correspondientes pero sin que el suministro de una u otra constituya propiamente un servicio prestado por el concesionario.

Segundo. Tampoco constituye una contradicción con la naturaleza demanial de la concesión que analizamos el hecho de que se prevea la posibilidad de realizar obras de acondicionamiento, mejora o ampliación de las instalaciones existentes, pues evidentemente éstas carecen de la entidad necesaria como para desvirtuar el carácter de la misma y convertirla en una concesión de obras. Está claro, y así se deduce de la base segunda del pliego que el objeto concesional lo constituyen las instalaciones actuales, sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de mejorar o acondicionar algunas de ellas o, incluso, de ampliarlas llegado el caso. Resulta evidente, tal como se configura la concesión que el derecho a explotar los amarres no constituye la retribución del concesionario en contrapartida por la realización de obras, tal como exige el apartado 1 del artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Por otra parte, si atendemos a la regulación de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, no ofrece duda que la concesión que analizamos debe ser calificada como de carácter demanial. En efecto, dicha Ley distingue entre concesiones demaniales y de obras, pero no regula, en relación con la explotación de los terrenos la figura de la concesión de servicios. Puesto que no se trata de una concesión de obras, según acabamos de ver, es obvio que la voluntad del legislador ha sido la de calificarla como concesión de dominio público, lo cual, por otra parte, es de toda lógica puesto que el objeto primordial de la explotación es un bien de dominio público.

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.

Bien es cierto que este criterio no es de aplicación a la posible calificación de la concesión como de obras públicas, pues ésta si se encuentra regulada por el derecho de la Unión. Sin embargo, como acabamos de ver tal calificación no procede en el presente caso ni siquiera con arreglo a los requisitos exigidos por la legislación europea.

Cuarto. Atendidos los razonamientos que preceden resulta claro que debemos declarar la falta de competencia del Tribunal para conocer del recurso interpuesto por no tratarse, la contemplada como objeto de la impugnación, de una concesión de obras ni de servicios, sino sobre bienes de dominio público y, por consiguiente, no incluida entre los supuestos en que se establece su competencia para resolver el recurso interpuesto contra los documentos contractuales que deben regir la adjudicación.

Asimismo debemos resolver sobre la solicitud formulada por la Autoridad Portuaria de Baleares, como órgano de contratación interesado, en el sentido de que se revoque nuestra resolución acordando la suspensión provisional del expediente de contratación hasta que se resuelva el recurso. Tal resolución debería ser de inadmisión, pues como se desprende de lo dispuesto en el artículo 43.2, último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, contra los actos dictados en el procedimiento para la adopción de medidas cautelares no cabe recurso alguno. Sin embargo, dado que al dictar esta resolución acordamos el levantamiento de la misma de conformidad con lo que dispone el artículo 47.4 del texto refundido antes citado, la solicitud carece actualmente de fundamento, por lo que no es necesario hacer pronunciamiento expreso respecto de ella.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir, por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por Doña A.S.A en nombre y representación de TARAMPARO S.L. contra la convocatoria por la Autoridad Portuaria de Baleares de licitación pública para la gestión de puestos de amarre en la Ribera Norte del puerto de Maó y los pliegos de bases que han de regir la misma, absteniéndonos de hacer pronunciamiento sobre el fondo.

Segundo. Levantar la suspensión del expediente de contratación.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa