

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 2 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don I.C.S., en nombre y representación de TuMedio Publicidad y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de 8 de septiembre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la “Concesión del uso privativo del dominio público para la instalación y mantenimiento de mobiliario urbano para publicidad integrada (MUPI)”, número de expediente 5.132, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La publicación de la licitación tuvo lugar en el BOCM de fecha 15 de junio de 2017. Como valor estimado del contrato aparece el importe de 580.165,29 euros/año. La duración del contrato es de 10 años.

Segundo.- El contrato se califica en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como concesión demanial que en lo no previsto en el mismo se regulará por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y normativa de desarrollo.

Por Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 8 de septiembre de 2017, según consta en el Acta de valoración del sobre número 2, publicada en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Alcalá de Henares con fecha 15 de septiembre de 2017, se comunica la exclusión de TuMedio Publicidad y Servicios, S.L., del citado procedimiento.

Tercero.- Con fecha 10 de octubre de 2017, se presentó ante el Ayuntamiento de Alcalá de Henares escrito de recurso en nombre y representación de TuMedio Publicidad y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de dicha empresa de la licitación. El Ayuntamiento lo remitió al Tribunal el 13 de octubre acompañado de copia del expediente y de su informe.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de El Mobiliario Urbano, S.L.U., solicitando la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debe examinarse, en primer lugar, la procedencia del recurso especial en materia de contratación ya que el órgano de contratación mantiene que el contrato que ahora se recurre, tiene la calificación de concesión demanial y que, en consecuencia, no se encuentra incluido entre los enumerados en el artículo 40.1 del TRLCSP como susceptibles del recurso especial en materia de contratación. Ello comportaría, asimismo, la falta de competencia de este Tribunal para resolverlo.

El contrato a que se refiere la exclusión impugnada ha sido calificado tanto en el anuncio de licitación como en el PCAP como concesión del uso privativo de dominio público y esta calificación no ha sido discutida por la recurrente, lo que supone que tanto el Ayuntamiento, como el licitador por la presentación incondicionada de su oferta (artículo 145 del TRLCSP) aceptan el contenido de los

Pliegos, sin embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no vincula al Tribunal ni excluye la posibilidad de que compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en TRLCSP y, en ese supuesto, que el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial. La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el carácter irrenunciable de la competencia, en la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE.

La cuestión delimitando los negocios patrimoniales y los contractuales fue analizada por este Tribunal en la Resolución 49/2017, de 15 de febrero y en la Resolución 153/2017, de 17 de mayo, cuya argumentación cabe traer al supuesto que nos ocupa.

El artículo 4.o) del TRLCSP, excluye del ámbito de aplicación de dicho TRLCSP las *“autorizaciones o concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7 (concesiones de obras), que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”*.

Y el apartado p) del citado artículo 4 del TRLCSP: *“los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociable y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial (...)”*.

Las autorizaciones y concesiones demaniales están excluidas de la legislación de contratos del sector público. No lo están las concesiones de obras aunque recaigan sobre dominio público. El artículo no contiene una referencia a las

concesiones de servicios, por no estar regulada esta figura en el TRLCSP ni en el derecho europeo en el momento de su redacción.

Tanto la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) como el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales permiten la ocupación de espacios en edificios administrativos y regula las autorizaciones especiales de uso sobre bienes afectados o adscritos. La LPAP es de aplicación supletoria a las Entidades locales, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Final Segunda.

La autorización demanial se viene utilizando como figura jurídica que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios de dominio público. Cuando la ocupación es accesorio a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación éste será el título habilitante y por tanto no será necesario someterse a este procedimiento de adjudicación, según establece la misma LPAP.

Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia, que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial.

Como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio.

Habrá que analizar cada negocio jurídico individualmente considerado para determinar cuál fuera la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración con el objetivo de poder dilucidar que existía o no un fin público más allá del puramente patrimonial, para en ese caso poder calificar la relación como contractual. La legislación contractual y la legislación patrimonial recogidas en el TRLCSP y LPAP respectivamente, contemplan cada una, supuestos diferentes de

actividad administrativa, de modo que es la finalidad pública perseguida y la causa explicitada lo que determinará la calificación de un negocio como contractual o patrimonial. El primero (el contrato) atenderá a la obtención de una finalidad pública prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), y en el segundo (concesión patrimonial) prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiera de la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido. Cuando se plantea la utilización de los bienes demaniales hay que tener presente que si la actividad a realizar en el inmueble de dominio público pudiera considerarse como prestación de servicios por la finalidad pública que persigan, más que como utilización privativa de un bien de la Administración, entonces habría que utilizar el régimen contractual.

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

El considerando 15 de la Directiva 2014/23/UE, excluye del concepto “concesión” el derecho a explotar recursos de carácter público en que el poder adjudicador establece únicamente condiciones generales de uso sin contratar servicios específicos, como el caso de arrendamientos que solo contienen condiciones sobre la toma de posesión, uso al que debe destinarse, obligaciones de mantenimiento, devolución del bien al propietario, cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario.

Sobre la base de estos criterios, sería un contrato administrativo si el beneficiario del fin público perseguido por la contratación es la Administración,

aunque el destinatario final del servicio sea el usuario, por cuanto se trata de obtener una prestación que le permite ofrecer un mejor servicio público, frente a una concesión del uso demanial donde el beneficiario es el concesionario o usuario. La presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo, esto es, cuando éste se encuentre directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público, o, cuando revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del mismo, determinará su consideración como contrato público. La calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende, como ya hemos dicho, de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato.

En el expediente analizado la cláusula 1 del PCAP define el objeto del procedimiento como la concesión del uso privativo del dominio público para la instalación y mantenimiento de mobiliario urbano para publicidad integrada (MUPI). Expresamente señala que mediante la ejecución del contrato a que se refiere este pliego *“se satisface la siguiente necesidad: de acuerdo con lo recogido en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Según este último el objeto de la concesión demanial es permitir el uso privativo del viario de dominio público local en la totalidad de los puntos propuestos por el licitador que resulte adjudicatario y aprobados por el Ayuntamiento para la instalación, mantenimiento y conservación de mobiliario urbano para publicidad integrada.

Se trata de autorizar el uso privativo del espacio público, para que éste sea utilizado por el adjudicatario en su propio provecho, estableciendo mobiliario publicitario que le permite realizar una actividad económica a través de su explotación publicitaria que pagan los empresarios o entidades anunciantes y le permiten obtener una ganancia, sin que el Ayuntamiento asuma la titularidad de actividad alguna ni regule las condiciones en que se ha de prestar.

Es decir, el Ayuntamiento, con esta contratación, procura solo la obtención de rentabilidad económica mediante la ocupación del viario público permitiendo el uso

privativo para la realización de una actividad publicitaria.

Cabe concluir que siendo adecuada a derecho la calificación del contrato, este no es susceptible de recurso especial en materia de contratación y en consecuencia el Tribunal no es competente para su resolución.

Sentado lo anterior, y 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 de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, al órgano de contratación le corresponde determinar si procede admitir su tramitación como recurso administrativo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don I.C.S., en nombre y representación de TuMedio Publicidad y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Alcalá de Henares, de 8 de septiembre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la “Concesión del uso privativo del dominio público para la instalación y mantenimiento de mobiliario urbano para publicidad integrada (MUPI)”, número de expediente 5.132, por incompetencia del Tribunal.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.