

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

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Lidl Supermercados, S.A.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas que ha de regir la “Cesión de uso en régimen de derecho de superficie de parcela municipal para la construcción y explotación de una superficie comercial”, expediente PACSS-CON-41/2020, del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de noviembre de 2020, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación del Derecho de superficie sobre parcela municipal para la construcción y explotación de superficie comercial, mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado 6.307.265,65 euros para un plazo de ejecución de 35 años.

A la licitación se presentó una oferta, sin que la recurrente haya concurrido a la adjudicación del contrato.

Segundo.- Con fecha 22 de diciembre de 2020, se presentó ante el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación por la representación de Lidl Supermercados, S.A.U., (en adelante LIDL) en el que solicita se declare la nulidad de pleno Derecho del procedimiento de licitación referenciado. Asimismo, solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación impugnado, por concurrir una causa de nulidad de pleno derecho, la falta de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con el objetivo de minimizar los perjuicios que puedan derivarse para los interesados afectados por el procedimiento, y con la voluntad de garantizar la eficacia de la futura resolución del presente recurso.

Tercero.- Por la Secretaría del Tribunal se requirió al órgano de contratación para que remitiera copia del expediente administrativo y el preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 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), presentado el 12 de enero de 2021.

El Ayuntamiento en su informe solicita que se inadmita el recurso, por tratarse de un negocio excluido de la Ley de Contratos del sector Público, y no de un contrato típico administrativo. Igualmente solicita que no se acuerde la suspensión del procedimiento, por los siguientes motivos: se han cumplido los requisitos de publicidad y concurrencia que la normativa de aplicación exige, Reglamento de Bienes, Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley del Suelo; la recurrente ha tenido la posibilidad de participar en la licitación, en las mismas condiciones que otras empresas lo han hecho; y la suspensión implica no solo un perjuicio para éstas, sino que la tardanza en la construcción de la superficie comercial, supone mantener esa carencia de este tipo de centros en la zona de nuevos desarrollos denominada "*Miramadrid*", con perjuicio a los intereses de todos los vecinos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso planteado.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de LIDL, para interponer recurso especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP por tratarse de una empresa del sector interesada en la licitación del contrato, cuyos derechos e intereses legítimos se han visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Pliego Cláusulas Administrativa Particulares fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de noviembre de 2020, y el recurso se presentó ante este Tribunal el 22 de diciembre de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurrente plantea que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 135 de la LCSP al no haber sometido la licitación del contrato a publicidad comunitaria, sin respetar en consecuencia el plazo de presentación de ofertas que establece el artículo 156 de la LCSP, y vulnerando el artículo 145 por no desglosar suficientemente la puntuación dada al criterio de adjudicación de calidad de la propuesta planteada sometido a juicio de valor.

El órgano de contratación plantea que *“primero, no se trata de un contrato de*

concesión de obra pública, sino de un derecho de superficie regulado por la Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid, que se ha arbitrado mediante la tramitación de un expediente, en el que se han cumplido los requisitos de publicidad y concurrencia no vulnerando en ningún momento los mismos, de conformidad con lo recogido en el Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RB), mediante un reenvío a la legislación reguladora de la contratación del sector público, reflejándose éstos en el Pliego, ya que la legislación específica sobre este tipo de negocios determina para su otorgamiento la aplicación de las prescripciones de la Ley de Contratos, pero no carácter subsidiario a lo establecido en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sino de forma complementaria a sus determinaciones, segundo, se han seguido los tramites que marca la normativa de aplicación, que constituye el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, antes señalado, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley del Suelo Estatal, y la de la Comunidad de Madrid, que permiten y amparan esta figura, y tercero, se han respetado los principios de igualdad, publicidad y concurrencia tal y como ha quedado demostrado a lo largo de este informe”.

Este Tribunal considera que en el presente supuesto la licitación objeto de impugnación tiene carácter patrimonial, tratándose de un contrato excluido de la LCSP, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley, y sin que proceda por tanto la interposición de recurso especial en materia de contratación. Como plantea el órgano de contratación en este caso estamos ante un derecho de superficie regulado en la legislación urbanística tanto estatal, como de la Comunidad de Madrid, y no de un contrato de concesión de obra pública, resultándole por ello aplicables los principios de la LCSP exclusivamente para resolver las dudas o lagunas que pudieran presentarse, y sin que resulte de aplicación a los contratos patrimoniales el artículo 26 por estar excluidos del ámbito de la Ley.

Así, el artículo 9 de la LCSP regula como relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos de la aplicación de la Ley los del ámbito del dominio público y del

ámbito patrimonial, que se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LCSP. En este sentido el citado artículo 9 prevé que: *“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.*

2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables 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 regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2”.

Por otra parte, el artículo 44 de la LCSP regula los actos recurribles mediante recurso especial en materia de contratación, determinando en su apartado 1 que serán susceptibles de recurso los actos y decisiones relacionados en el apartado 2, entre los que se encuentran en la letra a) los pliegos, pero solo cuando se refieran a los contratos de los poderes adjudicadores que expresamente relaciona y que son:

“a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios”.

Igualmente coincidimos con el criterio manifestado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 804/2019 *“Por lo demás, este Tribunal es competente para conocer de las impugnaciones que, ratione materiae, versen sobre la aplicación de la normativa de contratación pública, careciendo de competencia para dirimir cuestiones relativas al derecho de propiedad, sobre las que corresponde pronunciarse a los órganos judiciales del orden jurisdiccional civil”.*

En el presente caso el contrato de cesión de derecho de superficie que se licita no es subsumible en una concesión de obras en el sentido regulado en el artículo 14 de la LCSP, dado que la obra a realizar se dirige a instalar un negocio o actividad de interés intrínsecamente privado, sin perjuicio de que de su ubicación se derive un beneficio para la comunidad vecinal por tratarse de un punto de venta de alimentación, actividad totalmente ajena al ejercicio público, aunque no lo es facilitar su implantación en núcleos en los que la ausencia de parcelas privadas o locales comerciales haga inviable su desarrollo, como se recoge en la memoria de necesidad de concesión de la parcela. En la obra a realizar en el inmueble cedido prevalece el interés privado de instalar un negocio con beneficio de particular sin que se dé una finalidad pública específica más allá de la de carácter general que toda

actividad de la Administración persigue. En este caso el beneficiario de la obra no es la Administración como lo es en las concesiones de obras, en las que a través de la concesión se pretende prestar o complementar un servicio público, aunque el destinatario final del servicio sea el usuario. En definitiva, el negocio jurídico que se licita no se dirige directa ni indirectamente a la explotación de una obra pública.

Por último, respecto a la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente en su escrito de interposición, resulta innecesario pronunciarse expresamente sobre la misma al acordarse la inadmisión del recurso.

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso presentado por LIDL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.c) de la LCSP, por versar la impugnación del recurrente sobre un acto de un contrato patrimonial excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, en virtud de lo previsto en el artículo 44.1 de la LCSP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.4 de la LCSP 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 especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Lidl Supermercados, S.A.U., contra el Pliego de Cláusulas Administrativas que ha de regir la “Cesión de uso en régimen de derecho de superficie de parcela municipal para la construcción y explotación de una superficie comercial”, expediente PACSS-CON-41/2020, del Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama, por impugnar un contrato no susceptible de recurso.

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 LCSP.

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 59.1 de la LCSP.