



EB 2020/161

Resolución 168/2020, de 9 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GORKA TAVERN S.L. contra la adjudicación del contrato “Explotación del local municipal denominado RKE Kafetegia”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 9 de noviembre de 2020, la empresa GORKA TAVERN S.L. interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Explotación del local municipal denominado RKE Kafetegia”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: Con fecha 9 de noviembre, este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al 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). Dicha documentación se recibió el día 13 de noviembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Inicialmente, ha de analizarse si el recurso debe inadmitirse por tratarse de un negocio jurídico excluido del ámbito de la LCSP y, por lo tanto, no ser de aplicación la normativa sobre el recurso especial (artículos 44 y siguientes





de LCSP). La apreciación del OARC / KEAO sobre esta cuestión debe partir del contraste de la normativa sobre contratación pública con el objeto del contrato impugnado (punto 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT):

“1.-Objeto

Es objeto del presente pliego es regular las Condiciones Técnicas y de explotación del local municipal denominado “RKE KAFETEGIA” sito en el RKE, a fin de destinarlo como establecimiento hostelero perteneciente a la actividad del Grupo 2

El inmueble municipal objeto de licitación se refleja en el plano adjunto como ANEXO 1.

(...)

Asimismo, la presente adjudicación tiene por objeto y de acuerdo al Plan Municipal de Euskera de julio de 2013, mas concretamente en sus medidas 4.12.1.3, 8.2.2.2, 8.2.3.2, el Romo Kultur Etxea nace con la vocación de fomento del uso y refuerzo del Euskera en Getxo.

La explotación hostelera sita en el Romo Kultur Etxea se considera una herramienta indispensable para la consecución del fin mencionado y debe ser un espacio donde se den las condiciones para y uso del euskera cotidiano y normalizado, por tanto quién licite por su explotación deberá encontrarse en condiciones de poder cumplir el objeto del contrato en todo momento del mismo, acreditando que está capacitado para tal efecto en materia lingüística.

El establecimiento hostelero, sin perjuicio de estar abierto al público en general, actuará como bar-comedor del Nagusien Etxea que radica en la tercera planta del citado edificio, por lo que deberá ofertar menús diarios a las personas mayores de Getxo, quienes se identificarán mediante un documento que el Ayuntamiento de Getxo determinará a tal efecto con esta finalidad. En este caso el menú no deberá superar la cuantía de 8 euros, facilitando a los usuarios la posibilidad de llevar a sus domicilios dichos menús”.

El artículo 9 de la LCSP excluye del ámbito de esta norma determinados contratos patrimoniales que, en principio, satisfacen la definición general de “contrato público” contenida en el artículo 2.1 LCSP, caracterizada por las notas de onerosidad y bilateralidad. En concreto, el artículo 9.1 de la LCSP establece que «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». El apartado segundo del referido artículo 9 dispone que “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”.



Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos sujetos a la LCSP, y en concreto, al recurso especial (artículo 44.1 LCSP), o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales excluidos de ella. Los dos posibles tipos en los que puede incardinarse el contrato son el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. Ambos tienen en común que su objeto es un servicio, radicando la diferencia en la contraprestación; si en el contrato de servicios es un precio, en la concesión de servicios es el derecho a explotar dicho servicio, acompañado, en su caso, de un precio. Pues bien, en el contrato impugnado el poder adjudicador no pretende la adquisición de servicio alguno, lo que descarta que pueda tratarse de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, descarta, con argumentos que pueden extenderse también al contrato de servicios, que pueda considerarse una concesión de servicios un negocio jurídico cuyo objeto sea «el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartados 44 a 48 de la sentencia, que se remiten también a las sentencias del TJ de 11 de junio de 2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23). En la misma línea, las Conclusiones del Abogado General correspondientes a la citada sentencia, de fecha 25 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:122, especifican en sus apartados 64 y 65 que en las concesiones sujetas a la Directiva 2014/23, transpuesta por la LCSP, hay «una actividad de servicios específicamente confiada por una autoridad pública que estuviera sujeta a requisitos específicos definidos por tal autoridad» y que no pueden incluirse en dicha Directiva los contratos patrimoniales en los que «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o los servicios».



A la vista de lo anterior, debe concluirse que el objeto del negocio impugnado no es la adquisición de un servicio, sino la cesión onerosa de un bien inmueble municipal para que los explote un particular (punto segundo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares). Según la Resolución 91/2016 del OARC / KEAO, “Esta libertad sería inconcebible en el contrato de servicios o la concesión, que no son sino fórmulas a disposición de los poderes públicos para ejecutar prestaciones en favor de todas las empresas o ciudadanos que sean destinatarios de ellas según lo previsto en la legislación aplicable (servicio público “stricto sensu”) o en las condiciones establecidas en los pliegos”.

Téngase en cuenta que las prescripciones que regulan la cesión del establecimiento no se refieren a la configuración del servicio, sino que tan sólo se establecen unas condiciones generales de utilización, como el horario mínimo de apertura o la posibilidad de comunicarse en euskera. La cláusula que obliga al establecimiento hostelero a actuar como bar-comedor del “Nagusien Etxea”, ofreciendo menús para personas mayores por un precio máximo de 8 euros, es una prestación accesoria que no desvirtúa la naturaleza patrimonial del objeto del negocio consistente en la explotación del establecimiento de hostelería para el público en general. De hecho, el “Nagusien Etxea” no está en el local objeto de explotación, sino que radica en la tercera planta del edificio donde se encuentra el establecimiento hostelero. Aún en el supuesto de considerar que esta prestación es un servicio o concesión de servicio, se trataría de una prestación accesoria a la finalidad principal del contrato, esto es, a la explotación del establecimiento de hostelería y, por tanto, de conformidad con el artículo 18.2.a) de la LCSP, estaríamos ante un negocio patrimonial por ser el objeto de la prestación principal.

Por todo ello, el recurso debe inadmitirse por no ser su objeto uno de los contratos comprendidos en el artículo 44.1 LCSP y, en consecuencia, procede su remisión al Ayuntamiento de Getxo a los efectos procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 44.6 de la LCSP.



SEGUNDO: Sobre la temeridad o mala fe en la interposición del recurso

El poder adjudicador solicita la imposición de una multa a la recurrente. Este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores (ver, por todas, la Resolución 102/2018) que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015), y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018).

En el presente caso, este OARC/KEAO entiende que no concurre ninguno de los dos presupuestos; el primero, por contener un argumento impugnatorio basado, principalmente, en la falta de motivación del acto recurrido y, el segundo, porque no queda acreditada en el expediente la voluntad intencionada de demorar el procedimiento de adjudicación.

Por su parte, es preciso traer a colación que el poder adjudicador solicita la imposición de la sanción por considerar el recurso extemporáneo. En este sentido, el artículo 40.2 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual toda notificación “deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos”. En el presente caso, el acuerdo de adjudicación no señala cual es el recurso procedente ni ante qué órgano ha de ser interpuesto, tan sólo hace una referencia genérica en la que se indica que no se formalizará el contrato hasta que transcurra el plazo previsto en el artículo 153.3 LCSP sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejado.

En conclusión, la solicitud de imposición de multa no es aceptable, a pesar de la inadmisión del recurso no hay indicio que haga pensar que la impugnación no responda a un interés legítimamente atendible o tenga una intención espuria.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. 2 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir a trámite el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GORKA TAVERN S.L. contra la adjudicación del contrato “Explotación del local municipal denominado “RKE Kafetegia””, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Remitir el escrito de recurso al Ayuntamiento de Getxo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en el artículo 44.6 de la LCSP.

CUATO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko abenduaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de diciembre de 2020