



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Hisenda i Pressuposts
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Exp. Junta Consultiva: RES 6/2013

Inadmissió del recurs especial en matèria de contractació

Exp. d'origen: concessió demanial per a l'ocupació, gestió i explotació del port i l'Escola Nacional de Vela Calanova a l'avinguda de Joan Miró, 327, de Palma

Conselleria de Turisme i Esports

Recurrent: Panova, SA

Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 7 d'agost de 2013 pel qual es declara la inadmissió del recurs interposat per Panova, SA, contra la Resolució del conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears per la qual s'exclou l'empresa Panova, SA del procediment per a l'atorgament de la concessió demanial per a l'ocupació, gestió i explotació del port i l'Escola Nacional de Vela Calanova a l'avinguda de Joan Miró, 327, de Palma

Fets

1. El 5 d'abril de 2013, el conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears va aprovar l'expedient de concessió administrativa per a l'ocupació, gestió i explotació del port i l'Escola Nacional de Vela Calanova a l'avinguda de Joan Miró, 327, de Palma, el Plec de bases i el Plec d'explotació i l'obertura del procediment d'atorgament d'aquesta concessió demanial en règim de concurrència competitiva, per procediment obert. La convocatòria per a l'atorgament de la concessió demanial es va publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* d'11 d'abril de 2013.
2. El 10 de juliol de 2013, el conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears va excloure del procediment a l'empresa Panova, SA, atès que la seva proposta no s'adequava als requisits de forma de presentació de les ofertes, establerts en els Plecs de bases que regeixen el procediment. Aquesta Resolució es va notificar a l'empresa el 12 de juliol, amb la indicació que en contra s'hi podia interposar un recurs potestatiu de reposició, d'acord amb l'article 117 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i l'article 57 de la Llei 3/2003,



de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

3. El 16 de juliol de 2013, el representant (sense acreditar) de l'empresa Panova, SA, va interposar, davant la Conselleria de Turisme i Esports, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució del conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears per la qual s'exclou l'empresa del procediment. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 5 d'agost de 2013.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte del recurs és la Resolució del conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears, per la qual s'exclou l'empresa Panova, SA, del procediment per a l'atorgament de la concessió demanial per a l'ocupació, gestió i explotació del port i l'Escola Nacional de Vela Calanova.

La base primera del Plec de bases, relativa a l'àmbit i l'objecte de la convocatòria d'aquesta concessió demanial, disposa que:

La Conselleria de Turisme i Esports convoca concurs públic —procediment obert— per a l'atorgament de la concessió administrativa per a l'ocupació i l'explotació de la instal·lació nauticoesportiva de l'Escola Nacional de vela Calanova, situada a Palma, a l'avinguda de Joan Miró, 327.

L'àmbit de la concessió està integrat per les obres i instal·lacions ubicades a terra i mar, així com pel mirall d'aigua, definides en l'annex 1 d'aquest Plec de bases.

Constitueixen l'objecte de la concessió l'ocupació i l'explotació, en l'estat de conservació en què es troba actualment, de l'Escola Nacional de Vela Calanova, integrada per les instal·lacions relacionades en l'annex 1 d'aquest Plec, que conformen els següents espais:

- Zona portuària esportiva —port esportiu i esplanada d'avarada.
 - Escola de Vela, integrada per: a. oficines. b. aules. c. zona esplanada. d. amarratges, aiguamolls i zones de rampes, i e. piscina.
 - Residència.
 - Aparcament.
 - Bar restaurant.
 - Locals i tallers.
- [...]



D'acord amb aquesta base, l'objecte de la concessió està constituït per una superfície d'aigua i una superfície de terra que disposa de diverses instal·lacions. Es tracta, doncs, d'uns espais que estan situats en una zona de domini públic portuari.

L'apartat 1 de l'article 4 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP) exclou del seu àmbit d'aplicació els negocis i les relacions jurídiques següents:

- o) Les autoritzacions i concessions sobre béns de domini públic i els contractes d'explotació de béns patrimonials diferents dels definits a l'article 7 [relatiu al contracte de concessió d'obres públiques], que es regulen per la seva legislació específica llevat dels casos en què expressament es declarin aplicables les prescripcions d'aquesta Llei.

Així doncs, el TRLCSP disposa que les concessions demaniales es regeixen per la seva legislació específica.

D'acord amb l'apartat 2 de l'article 3 de la Llei 6/2001, d'11 d'abril, del patrimoni de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en relació amb l'apartat 1 de l'article 26 d'aquesta Llei, les propietats administratives especials i, en concret, els monts, les mines, les aigües, les costes i la zona marítima terrestre, els ports, les carreteres, l'explotació d'hidrocarburs, la propietat intel·lectual i industrial, i el patrimoni històric, es regeixen per les seves normes específiques i, supletòriament, per aquesta Llei i les normes que la desenvolupen. Aquest darrer article disposa també que les concessions de domini públic es regeixen, supletòriament, per la legislació sobre contractes administratius sempre que sigui compatible amb la naturalesa de la concessió demanial.

La Llei 10/2005, de 14 de juny, de ports de les Illes Balears regula la gestió del domini públic portuari dels ports de competència de l'Administració autonòmica, i disposa que aquesta gestió comprèn, entre d'altres, l'atorgament d'autoritzacions i concessions.

En concret, l'article 54 disposa que la utilització per part de tercers del domini públic portuari per a usos en què concorrin circumstàncies especials d'exclusivitat, d'intensitat, de perillositat o de rendibilitat, o que comportin l'execució d'obres o d'instal·lacions, requereix l'atorgament de la preceptiva autorització o concessió administrativa, segons correspongui.



Els articles 67 i els següents regulen les concessions administratives. D'acord amb l'article 69, el procediment d'atorgament d'una concessió es pot iniciar a sol·licitud de la persona interessada o per concurs. L'article 74 regula els concursos per atorgar les concessions i estableix que s'han de desenvolupar d'acord amb allò que reglamentàriament es determini, i s'ha d'aplicar subsidiàriament la legislació de contractes de les administracions públiques.

El Decret 11/2011, de 18 de febrer, d'aprovació del reglament de desenvolupament i execució de determinats aspectes de la Llei 10/2005, de 21 de juny, de Ports de les Illes Balears, regula amb detall en els articles 76 a 90 diverses qüestions relatives a les concessions, en particular, el procediment per atorgar-les —tant si és a sol·licitud d'una persona interessada com si és per mitjà d'un concurs. Finalment, pel que fa als concursos, l'apartat 1 de l'article 81 disposa que s'han de desenvolupar d'acord amb el que estableix la Llei de ports i el Reglament i, de manera subsidiària, per la legislació de contractes del sector públic.

Així doncs, s'observa que el procediment per atorgar les concessions demaniales està regulat de manera suficient en la normativa específica, la qual preveu només subsidiàriament l'aplicació al desenvolupament dels concursos de la normativa en matèria de contractació.

Cal tenir en compte, pel que fa a l'ús dels termes “*subsidiarietat*” i “*supletorietat*” que es fan servir en aquestes normes, la definició que d'aquests conceptes fa la Sentència de l'Audiència Nacional de 23 d'octubre de 2001, posteriorment confirmada pel Tribunal Suprem, i el fet que, en conseqüència, aquestes normes són les aplicables en primera instància a l'atorgament de les concessions demaniales.

A parer d'aquesta Junta Consultiva, l'aplicació subsidiària o supletòria de la normativa en matèria de contractació a la tramitació d'un procediment per atorgar una concessió sobre el domini públic portuari, no pot implicar l'alteració o la modificació de la naturalesa jurídica de la concessió ni el règim jurídic que li és aplicable —el que preveu la normativa en matèria de ports i la de patrimoni—, doncs una cosa és que en un aspecte determinat s'hagin aplicat els principis i el procediment que preveu el TRLCSP i una altra ben diferent que de tot això es pugui interpretar que el règim de recursos previst en la normativa de ports ha estat substituït pel règim de recursos en matèria de contractació.



El cert és que, al seu torn, el TRLCSP es remet, pel que fa al règim de recursos, llevat dels procediments en què es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 40, als recursos que preveu la Llei 30/1992. Aquesta mateixa remissió ja figurava en el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, vigent en el moment en què es va aprovar la Llei 10/2005.

Certament, interpretar que el règim de recursos previst en la normativa de ports ha estat substituït pel règim de recursos en matèria de contractació desvirtuaria la naturalesa jurídica i el règim jurídic aplicable a l'acte objecte del recurs, i, a més, si es mantingués aquesta interpretació en altres àmbits administratius en què hi ha una remissió als principis i al procediment de contractació, es podria arribar a una situació absurda en què el règim de recursos de la normativa en matèria de contractació tindria una espècie de *vis atractiva* sobre el d'altres àmbits sectorials.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals s'ha pronunciat sobre un cas molt semblant al que és objecte de recurs —tot i que sotmès al Text refós de la Llei de ports de l'Estat i de la marina mercant, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2011, de 5 de setembre— en la Resolució 76/2012, de 28 de març, en la qual, després d'analitzar la concessió demanial, conclou que el Tribunal no és competent per resoldre el recurs.

2. La Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, regula un recurs especial en matèria de contractació, la resolució del qual correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord així mateix amb el Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea aquesta Junta Consultiva. Es tracta d'un recurs específic per als procediments de contractació que substitueix a tots els efectes el recurs de reposició en els casos en què sigui procedent d'acord amb el segon paràgraf de l'apartat 5 de l'article 40 del TRLCSP. L'apartat 1 de l'article 66 d'aquesta Llei disposa el següent:

Contra els actes dels òrgans de contractació es pot interposar un recurs especial en matèria de contractació. Aquest recurs, al qual és aplicable el règim jurídic previst en la legislació bàsica per al recurs de reposició, té caràcter potestatiu, l'ha de resoldre la Junta Consultiva de Contractació i substitueix, a tots els efectes, el recurs de reposició.

El fonament d'aquest recurs es troba en la mateixa Llei 3/2003, de 26 de març, concretament en l'article 59, que materialitza en l'ordenament autonòmic les



previsions de l'article 107.2 de la Llei 30/1992, que permeten substituir el recurs d'alçada i el recurs de reposició, en supòsits o en àmbits sectorials determinats, com ara la contractació pública, per altres procediments d'impugnació, reclamació, conciliació, mediació i arbitratge, davant òrgans col·legiats o comissions específiques no subjectes a instruccions jeràrquiques.

Per tant, aquest recurs només és procedent en els casos en què es tramiti un procediment de contractació sotmès a la normativa de contractació. Cal tenir en compte que no només s'ha de fer una interpretació literal d'aquest precepte, que estableix que són susceptibles de recurs els actes dels òrgans de contractació quan actuïn com a tals, sinó que també s'ha de fer una interpretació que atengui al context i a la finalitat de la norma.

Així doncs, atès que el negoci jurídic objecte del recurs està exclòs de l'àmbit d'aplicació del Text refós per tractar-se d'una concessió de domini públic que es regeix en primer lloc per la legislació específica en matèria de ports, supletòriament per la legislació patrimonial i només subsidiàriament per la normativa en matèria de contractació, i això en aspectes puntuals no prevists en la normativa específica en relació amb els casos en què la concessió demanial s'hagi d'atorgar per mitjà d'un concurs —i només pel que fa al desenvolupament del procediment—, no es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que regula l'article 66 de la Llei 3/2003, sinó que s'ha d'estar al que prevegi la normativa aplicable a aquest tipus de negoci jurídic. En conseqüència, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa no és competent per resoldre aquest recurs.

Per tot això, dict el següent

Acord

1. Inadmetre el recurs interposat per l'empresa Panova, SA, contra la Resolució del conseller de Turisme i Esports i president de Ports de les Illes Balears per la qual s'acorda l'exclusió de Panova, SA, del procediment per a l'atorgament de la concessió demanial per a l'ocupació, gestió i explotació del port i l'Escola Nacional de Vela Calanova a l'avinguda de Joan Miró, 327, de Palma, per manca de competència d'aquesta Junta Consultiva per resoldre'l.
2. Notificar aquest Acord als interessats i a la Conselleria de Turisme i Esports.

Interposició de recursos



Contra aquest Acord —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa del Tribunal Superior de Justícia en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.