

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

En Madrid, a 24 de julio de 2019

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.B.D., como administrador de Omayra, S.A., contra el “Convenio de colaboración para la gestión de servicios de hostelería y comerciales durante eventos en Collado Villalba 2019”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El convenio se aprueba por unanimidad de la Junta de Gobierno Local, en Sesión Ordinaria celebrada el 11 de julio de 2019, y que existe Certificado del Secretario General del Ayuntamiento de fecha 15 de julio de 2019 sobre el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local.

Segundo.- Según el propio recurrente: *“Dicho Convenio no está publicado y, hay una inexistencia del expediente tramitado, que me están causando indefensión por la falta de información.*

Pues soy hostelero de la localidad y no sé las condiciones para concurrir, puesto que

no están publicadas y observo que se está vulnerando la Ley de Contratos del Sector Público.

Todo ello, debido a que el Convenio no es un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento y una Asociación de Comerciantes, sino que es un contrato de servicios encubierto en un convenio, que pretende adjudicar las barras en dos plazas de la localidad.

En la tarde de hoy, se ha celebrado un sorteo público convocado por la Asociación de Comerciantes, en el cual no había bases reguladoras, tan solo podían inscribirse los interesados por correo electrónico hasta el día 15 de julio, sin saber las condiciones de adjudicación y sin transparencia alguna y las personas que salieran de ese sorteo, serían las adjudicatarias de las barras y deberían pagar al Ayuntamiento una tasa de 900 euros que incluye la tasa de ocupación de dominio público”

Tercero.- En aplicación 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) se ha dado traslado del recurso al Ayuntamiento de Collado Villalba, que contesta con un informe del Técnico Municipal, que, en esencia, explica que no se trata de ningún contrato administrativo, sino de un convenio con la Asociación de Empresarios y Comerciantes de Collado Villalba al objeto de sortear los locales de dominio público para la realización de una serie de actividades con motivo de las Fiestas de Santiago Apóstol.

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, este Tribunal carece de competencia para resolver en este caso.

Segundo.- El acto no es recurrible en esta vía de acuerdo con los artículos 44, 45, 6.2 y 9 de la LCSP.

Tercero.- Como afirma el recurrente (continuando el relato supra transcrito): *“Aporto correos electrónicos (Documento nº 3) dónde solicito que me digan los requisitos de participación, pero no ha sido posible hasta el día de hoy que lo han hecho de forma verbal en acto público delante del resto de vecinos. Y el plazo acababa el día 15 de julio de 2019.*

También en el día de hoy (16 de julio), es decir fuera de plazo, al quedar una barra libre en la plaza de la Estación (que es lo que a mí me afecta) han dejado en el mismo momento del sorteo que se presentará un establecimiento que había optado a otra plaza de la localidad y no a la de la Estación y que no había resultado adjudicatario en la otra plaza, vulnerando con ello la norma vigente de aplicación, pues se trata de una contratación encubierta que está llevando a cabo la Asociación y el Ayuntamiento a través de su convenio ilegal”

Como se deduce del propio relato del recurrente se trata de una autorización de uso de un bien demanial (la calzada o las aceras) para instalación unos puestos con motivo de las Fiestas patronales, que se adjudican por sorteo, al ser mayor el número de demandantes que de puestos.

Estas relaciones están excluidas de la legislación contractual por el artículo 9 de la LCSP: *“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”*

Igualmente por el artículo 6.2 de la LCSP, sobre convenios excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

Tal y como señala el informe del Ayuntamiento, *“se trata de un convenio administrativo de colaboración entre una Administración Pública, el Ayuntamiento de Collado Villalba, y la entidad sin ánimo de lucro, la Asociación de Comerciantes y Empresario de Collado Villalba para la organización y sorteo de las autorizaciones demaniales para la instalación de las barras y de venta de merchandising durante las Fiestas de Santiago Apóstol 2019, consistiendo la labor de la Asociación de Comerciantes Empresarios la de difusión (debiendo “cursar invitaciones a todos los establecimientos hosteleros y comerciales de Collado Villalba, sean o no socios de la ENTIDAD COLABORADORA en cumplimiento del art. 92 de la ley 33/2003 de patrimonio”) y, en el supuesto de que haya más solicitudes que puestos ofertados, en la organización del sorteo, sin que exista ningún carácter oneroso que pudiera hacer pensar que esté comprendido en el ámbito objetivo de la LCSP..*

Por tanto, en cuanto al fondo se trata de una autorización de ocupación demanial por parte de titulares de establecimientos hosteleros de Collado Villalba y sujeta al pago de las correspondientes tasas, tal y como se recoge en el convenio, siendo la labor de la Asociación meramente instrumental y de colaboración, sin onerosidad alguna”

Y, efectivamente, según se transcribe del convenio las funciones de la Entidad Colaboradora son: *“El contacto y la contratación de los puestos de hostelería y merchandising se llevará a por parte de la ENTIDAD COLABORADORA, también será la a única encargada y responsable de la gestión del cobro a los comercios participantes.*

La ENTIDAD COLABORADORA deberá atender los siguientes criterios.

- Se montarán 5 puestos de hostelería en la Plaza de los Belgas y 2 puestos en la Plaza de la Estación, a modo de barras sin ningún tipo de estructura. De 6 metros cuadrados (3 de frontal por 2 de fondo)*
- Puestos de merchandising podrán montarse hasta un número de 8 puestos en la Plaza de los Belgas de 6 metros cuadrados (3 metros de frente x 2 metros de fondo)*
- Los participantes serán prioritariamente hosteleros y comerciantes de Collado Villalba, sean a no socios de la ENTIDAD COLABORADORA. Si no se alcanza la*

cobertura de seis puestos, podrán incorporarse otras empresas sin sede en el municipio.

· Deberá cursar invitaciones a todos los establecimientos hosteleros y comerciales de Collado Villalba, sean o no socios de la ENTIDAD COLABORADORA en cumplimiento del art. 92 de la ley 33/2003 de patrimonio. En el supuesto de que haya más solicitudes que puestos ofertados se realizará un sorteo público en la sede de CyE previa publicación fecha y hora del mismo.

La ENTIDAD COLABORADORA se encargará de la satisfacción al Ayuntamiento de Collado Villalba del precio público establecido en la ordenanza fiscal reguladora de las tasas por la utilización privativas y aprovechamientos especiales del dominio público”

Procede la inadmisión del recurso, al ser incompetente este Tribunal para conocer de la impugnación del convenio.

Todo ello no impide apreciar temeridad y mala fe en la interposición del recurso, tal como solicita el informe municipal: *“Todos estos hechos son conocidos sobradamente por el recurrente, que, como reconoce en su recurso, es un hostelero de la localidad, con un establecimiento situado en la Plaza de la estación (“al quedar una barra libre en la plaza de la Estación (que es lo que a mí me afecta)”) y que pese, a que no ha optado a la adjudicación de las barras a las que podía presentarse, pretende con el subterfugio de este improcedente recurso especial, que no se instale ninguna barra y así, incrementar su negocio.*

Esto es, evidentemente, un claro abuso de derecho y que, por tanto, debería ser objeto de sanción, al ser un palmario supuesto de temeridad y mala fe en la interposición del recurso y en la solicitud de medidas cautelares recogido en el art. 58.2 LCSP, toda vez que únicamente pretende la suspensión de las autorizaciones demaniales con el exclusivo objetivo de incrementar el lucro del negocio hostelero del que es titular. Por tanto, se solicita expresamente la imposición de las multas al recurrente recogidas en el citado art. 58 LCSP”

Efectivamente, el propio recurrente reconoce que se sortean (es decir, aleatoriamente) unos puestos en dominio público, a los que podría optar, y, por ende, que no se trata de un contrato administrativo.

Por otro lado, una concesión de esta naturaleza circunscrita a los hosteleros y comerciales de Collado Villalba es incompatible, de suyo, con legislación de contratos del sector público.

Es más la tasa por utilización del dominio público municipal para estos fines está expresamente contemplada en la Ley. El artículo 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, expresamente recoge como ingreso municipal *las “tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por los siguientes: (...) n) Instalación de puestos, barracas, casetas de venta, espectáculos, atracciones o recreo, situados en terrenos de uso público local así como industrias callejeras y ambulantes y rodaje cinematográfico”*.

Es una actividad que no organiza ni contrata el ayuntamiento, sino la asociación de comerciantes que sortea los puestos en caso que supere la demanda a la oferta.

El propio Ayuntamiento de Collado Villalba tiene, como todos, su Ordenanza fiscal reguladora de las tasas por utilizations privativas y aprovechamientos especiales del dominio público local, donde en su artículo 2º b) recoge textualmente el artículo antes transcrito del texto refundido.

En atención a todo lo expuesto no hay contrato administrativo alguno, sino una autorización de uso del dominio público, procediendo la inadmisión del recurso.

A tenor del artículo 58.2 de la LCSP *“2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas*

cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenido”

En relación con la temeridad es una circunstancia objetiva, habiendo realizado el recurrente un esfuerzo baldío en demostrar que se trata de un contrato administrativo, con cita parcial de doctrina que no es al caso.

La buena fe es un elemento subjetivo. Expresa el artículo 7 del Código civil que:

*“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*

Es de apreciar mala fe en la interposición del recurso, en atención a las circunstancias concurrentes. En primer término porque no es posible entender que desconozca un comerciante arraigado en la localidad que los puestos de barracas se sortean con ocasión de las fiestas, y aun así, de tener interés, no concurre al mismo.

Por el contrario lo que solicita es la suspensión de las concesiones de dominio y no en cualquier momento, sino a una semana de comenzar las fiestas del Apóstol. Cobra así sentido la afirmación del técnico municipal de que la intención no es otra que evitar la competencia al local que tiene en la localidad, mediante la suspensión, no obtener la tutela de este Tribunal.

Por estas razones, procede la imposición de la multa prevista por la norma en 1000 euros.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 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 don J.B.D., como administrador de Omayra, S.A, contra el “Convenio de colaboración para la gestión de servicios de hostelería y comerciales durante eventos en Collado Villalba 2019”, por ser incompetente este Tribunal.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, en la cuantía de 1.000 euros.

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 los términos de la Ley 29/1998 de 13 de diciembre reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 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 de la LCSP.