



EB 2016/088

Resolución 091/2016, de 22 de julio de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. contra los pliegos del contrato de “Explotación de los Espacios Publicitarios en Metro Bilbao, S.A.”, tramitado por Metro Bilbao, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de junio de 2016, la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. (en adelante, COMUNITAC) 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 los pliegos del contrato de “Explotación de los Espacios Publicitarios en Metro Bilbao, S.A.”, tramitado por Metro Bilbao, S.A.

SEGUNDO: El día 24 de junio se solicitaron al órgano de contratación el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el día 27 de junio.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del recurrente y del poder adjudicador.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El poder adjudicador considera que el recurso debe inadmitirse porque se trata de un negocio jurídico excluido del ámbito del TRLCSP, y por lo tanto, no es aplicable la normativa sobre el recurso especial (artículos 40 y siguientes del TRLCSP); en concreto, se señala que el artículo 4.1 o) del TRLCSP excluye del ámbito de dicha 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 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley». La apreciación del OARC / KEAO sobre esta alegación 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

El objeto del presente Concurso la adjudicación del contrato de explotación de publicidad de la totalidad de las estaciones de Metro Bilbao mediante la explotación publicitaria de los 671 soportes publicitarios estáticos (OPPIS), de los soportes ubicados en los exteriores de las estaciones (paneles exteriores de información con publicidad en vinilo en una de las caras), de los elementos de mobiliario, máquinas validadoras, así como de un mínimo de 10 soportes digitales de 70" a instalar por el adjudicatario (ver Anexo 4). La relación de las estaciones de la red de Metro Bilbao que se explotarán publicitariamente así como la relación de elementos actualmente instalados que se pondrán a disposición del adjudicatario para que pueda realizar su explotación publicitaria se encuentran en los Anexos 2, 3 y 4 de este Pliego de Condiciones.

Metro Bilbao podrá acometer, al margen del presente pliego, acciones publicitarias distintas de las previstas en el párrafo anterior. Por otro lado, dichas acciones publicitarias podrán ser encomendadas, en su caso, al adjudicatario bajo los términos que ambas partes acuerden.»



El artículo 4.1 o) del TRLCSP 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 TRLCSP, caracterizada por las notas de onerosidad y bilateralidad. En sentido similar, el artículo 2.1 5) de la Directiva **2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que se deroga la Directiva 2004/18/CE**, define los contratos públicos como aquéllos «celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios», pero en su artículo 10 a) excluye de su ámbito «la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes». Por su parte, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, define en su artículo 5 las concesiones que constituyen su ámbito objetivo como contratos a título oneroso celebrados por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios a uno o más operadores económicos, siendo la contrapartida bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago; no obstante, el artículo 10.8 a) excluye de su ámbito las concesiones de servicios destinadas a la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, en términos casi idénticos al artículo 10 a) de la Directiva 2014/24 y el artículo 4.1 o) TRLCSP. Debe precisarse que una gran parte de la citada Directiva 2014/23/UE es susceptible de producir efecto directo por no haber sido incorporada al Ordenamiento interno en el plazo marcado y ser su contenido lo suficientemente preciso, claro e incondicionado como para ser invocado por los particulares frente a los poderes adjudicadores; en este caso están, desde luego, los artículos que se refieren a la propia definición del concepto de “concesión de servicios” sujeta a la Directiva y los que incluyen esta modalidad contractual en el ámbito del sistema de recursos contractuales (ver los artículos 5 y 46 de la Directiva 2014/23 y el Documento “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de



contratos del sector público”, elaborado por los tribunales y órganos encargados de los recursos contractuales, publicado en la web del OARC / KEAO y a cuyo contenido se remite este Órgano a los efectos de la presente Resolución).

Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos sujetos a la legislación europea y nacional sobre contratación pública, y en concreto, al recurso especial (artículo 40.1 TRLCSP), o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales excluidos de ella. Los dos posibles tipos en los que 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 muy reciente 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 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 bienes inmuebles para que los explote un particular mediante la contratación con anunciantes de acuerdos de exhibición de publicidad en los espacios cedidos; dichos acuerdos no instrumentan un servicio propio del ámbito competencial del poder adjudicador que éste desee prestar a terceros por medio del adjudicatario de un contrato de servicios o de una concesión. Téngase en cuenta que no hay una obligación de contratar la exhibición publicitaria con todos los operadores económicos que cumplan ciertos requisitos predeterminados por el poder adjudicador, siendo libre el adjudicatario para decidir con quién contrata; 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.

Lo anterior no se ve empañado por el hecho de que el apartado 1 del PPT hable de otras “acciones publicitarias” (término que pudiera evocar la adquisición por el poder adjudicador de servicios de difusión publicitaria), pues están “al margen del presente pliego” y no tienen por qué ser encomendadas al adjudicatario; si, efectivamente, se atribuyeran a dicho adjudicatario, habría que estar a su contenido y naturaleza para fijar el régimen jurídico aplicable, sin que pueda emitirse en este momento ningún juicio sobre ellas. Finalmente, se observa que las prescripciones que regulan la cesión no se refieren tanto a la configuración del servicio o a la obligatoriedad de prestarlo como a otras cuestiones accesorias al objeto principal de la cesión (mantenimiento, limpieza, etc.) o destinadas a delimitar el alcance de la actividad por razones estéticas, de legalidad de la publicidad exhibida o de correcto funcionamiento del servicio de transporte, objeto típico del poder adjudicador.



Por todo ello, el recurso debe inadmitirse por no ser su objeto uno de los contratos comprendidos en el artículo 40.1 TRLCSP.

SEGUNDO: El poder adjudicador solicita la imposición de sanción por temeridad o mala fe prevista en el artículo 47.5 TRLCSP. Esta solicitud no es aceptable, pues el recurso, a pesar de su inadmisión, no carece de una argumentación jurídica, sin que haya indicio adicional alguno 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 41. 3 del TRLCSP 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, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial interpuesto por la empresa Comunicaciones y Ocio Interactivo, S.L. (COMUNITAC) contra los pliegos del contrato de “Explotación de los Espacios Publicitarios en Metro Bilbao, S.A.”, tramitado por Metro Bilbao, S.A.

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.



CUARTO: 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko uztailaren 22a

Vitoria-Gasteiz, 22 de julio de 2016