Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 47/2023

Acuerdo 62/2023, de 29 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación denominado «otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de abril de 2023 se publicó en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Zaragoza, el anuncio y los pliegos que rigen la licitación a que alude el encabezamiento del presente acuerdo.

El contrato está calificado como contrato patrimonial de carácter privado, licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y precio global, mejorable al alza, de 30 857 912,00 euros, IVA excluido.

Según figura en el citado anuncio, el plazo de presentación de ofertas finaliza el día 15 de septiembre de 2023.

Segundo.- Con fecha 2 de mayo de 2023 fue interpuesto, a través del Registro del Gobierno de Aragón, por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, recurso especial en materia de contratación frente al anuncio y los pliegos que rigen el contrato anteriormente mencionado.

El recurso, en síntesis, manifiesta disconformidad con la calificación que el órgano de contratación ha conferido al contrato, pues a su juicio, atendiendo al objeto y obligaciones del mismo, debería haber sido calificado como un contrato administrativo de concesión de obras, por lo que interesa que, con la estimación de su recurso, se anulen los pliegos que rigen la licitación de referencia por ser nulos de pleno Derecho, al haber incurrido en varios incumplimientos procedimentales.

Tercero.- El día 8 de mayo de 2023, este Tribunal dio traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo el expediente e informe a que alude 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).

La documentación requerida se recibió el día 10 de mayo siguiente. En su informe, el órgano de contratación se opone al recurso interpuesto.

Cuarto.- El día 7 de junio de 2023, se dio traslado del escrito de recurso al “REAL ZARAGOZA, S.A.D.” como interesado en el procedimiento, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara

oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. No se han recibido alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, es preciso en primer lugar, determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Así, debe atenderse al régimen transitorio establecido en su Disposición transitoria primera que dispone lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que en el presente caso la convocatoria del procedimiento fue publicada antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, tal y como se ha señalado en el Antecedente de hecho primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación a la licitación, la LMMCSPA.

En cuanto al presente recurso especial, se regirá también por la citada ley hasta su resolución, dado que el acto impugnado se dictó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquélla.

PRIMERO.- Como se ha señalado en el Antecedente de Hecho segundo, el presente recurso fue interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, con fecha 2 de mayo de 2023, acompañado del correspondiente certificado acreditativo de su condición de Concejal del Ayuntamiento de Zaragoza.

En cuanto a la legitimación, como concejal de un Grupo Municipal, ya ha tenido la oportunidad de manifestarse este Tribunal en los Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto, 117/2017 de 21 de noviembre y 1/2022, de 11 de enero, en los que se mantiene un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la parte recurrente.

Cabe reproducir aquí a lo que se señaló en ese Acuerdo 117/2017 a este respecto:

«Esta interpretación amplia se extiende a los concejales, tal y como se ha admitido en nuestra doctrina en, entre otros, los Acuerdos 44/2012, 66/2013, y 79/2013, igualmente aplicada por otros Tribunales de recursos contractuales (por ejemplo, en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 280/2015, 548/2015 o 204/2017 entre otras). Criterio que fue cuestionado por el Ayuntamiento de Zaragoza mediante recurso jurisdiccional frente a nuestro Acuerdo 44/2012, y que ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo

40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés —e incluso obligación—-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL».

La legitimación para la interposición del recurso especial se encuentra regulada en el artículo 48 de la LCSP que dispone: «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*» y en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, que dispone en su artículo 24.6 que *«Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados».*

El Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 173/2004, de 18 de octubre, mantiene de forma reiterada, por lo que se refiere a los miembros de las Corporaciones Locales, que «*existe una legitimación ex lege, que proviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la*

condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de bases de régimen local». Por ello, concluye el Tribunal Constitucional que «*el concejal, por su condición de miembro -no de órgano del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido "mediante sufragio universal, libre, directo y secreto" de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación*».

En el supuesto examinado y visto lo anterior, el concejal recurrente – habida cuenta de la fecha en que se interpuso el recurso- goza de legitimación activa para la interposición del recurso ya que, según indica y así se constata, el acto por el que se aprueban los pliegos que son objeto de impugnación fue adoptado mediante acuerdo del Gobierno de Zaragoza en sesión de fecha 31 de marzo de 2023, del que no forma parte el Concejal recurrente.

SEGUNDO.- El recurrente señala que la actuación impugnada, esto es, los pliegos que rigen el procedimiento de *«(o)torgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el*

adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo», han calificado indebidamente el contrato como patrimonial, porque atendiendo a su verdadera naturaleza, se trata de un contrato de concesión de obra, incluido por tanto dentro del ámbito de aplicación de la LCSP y susceptible de recurso especial.

Por su parte, el órgano de contratación defiende que se trata de un contrato patrimonial que tiene por objeto el otorgamiento de un derecho de superficie, y que por tanto, se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, al amparo del artículo 9.2 de dicha norma, por lo que solicita la inadmisión de la impugnación por no estar su objeto comprendido en el ámbito del recurso especial.

Cabe afirmar, en este punto, que la previa calificación de un contrato en el pliego no vincula a este Tribunal administrativo ni excluye la posibilidad de que compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde o no con lo establecido al respecto en la LCSP y, en consecuencia, puede ser subsumido en alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial, tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 125/2019, de 30 de septiembre, -y acertadamente se cita en el escrito de recurso-.

El recurrente argumenta que la competencia municipal que el órgano de contratación ejerce y «*viene a satisfacer*» con este contrato es la construcción y gestión de un equipamiento deportivo -necesario para aspirar a ser sede del Mundial de Futbol 2030-, establecida en la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón.

Asimismo en el escrito de recurso se invoca el informe 58/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que respecto a una consulta planteada sobre la sujeción a la LCSP del contrato por el que se constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial, en relación al citado artículo 9.2 de la LCSP, señaló lo siguiente: «*Las dudas que se suscitan a la entidad consultante se refieren al inciso final de este apartado, donde se trata de la inclusión de otras prestaciones en este tipo de contratos. Sin embargo, esta última regla no altera en realidad la naturaleza privada y la aplicación de la legislación patrimonial al contrato conforme a las reglas aplicables a las Corporaciones Locales, sino que, antes al contrario, alude a un supuesto bien definido y dispar de la regla general que acabamos de mencionar cual es que en este tipo de contratos se incluyan prestaciones propias de los contratos administrativos típicos (obras, servicios, suministros y concesiones) de manera que tales prestaciones sean minoritarias en el conjunto del contrato o complementarias en los términos del artículo 34.2 LCSP. Por lo tanto, si la prestación principal es la propia de un contrato sujeto a la legislación patrimonial, como la constitución de un derecho de superficie, tal contrato debe ser calificado como un contrato privado, y quedar sujeto a la normativa patrimonial.*

Por el contrario, si nos encontramos ante un supuesto en que la prestación principal es la propia de un contrato administrativo típico, lo que ocurre es que esta debe ser la naturaleza propia del contrato, no tratándose entonces de un contrato patrimonial.

Lógicamente, corresponderá al órgano de contratación determinar cuál es el valor estimado de cada prestación si concurren varias en el mismo contrato (por ejemplo, la constitución de un derecho de superficie sobre un suelo sobre el que se va a ejecutar una obra) teniendo en cuenta que la regla contenida en el artículo 9.2 LCSP constituye una norma especial a estos efectos.»

En base a lo señalado en este informe, el recurrente defiende que el contrato que nos ocupa debe ser considerado como administrativo. Y ello debido a que en primer lugar, contiene prestaciones propias de los contratos de concesión de obras -atendiendo a la definición que del mismo se otorga en el artículo 14 de la LCSP-, dado que el objeto del contrato, según el anuncio de licitación, es que «*el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción de nuevo estadio municipal de fútbol de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Técnicas elaborado por los servicios técnicos municipales y el Anteproyecto que debe formular para acudir a la licitación*». Además alude en favor de su tesis, a la clausula 2ª letras a) y b), del Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas (en adelante, PCEA), que establece las prestaciones a realizar que a su juicio son las típicas del contrato administrativo referido:

«a) Promover los Proyectos necesarios, incluso de las demoliciones previas, para la construcción de un nuevo Estadio de Fútbol para al menos 42.500 espectadores, de acuerdo con las especificaciones contenidas en este Pliego de Cláusulas Técnicas y el Anteproyecto que debe formular para acudir a la Licitación. Igualmente se obliga a la redacción de los Proyectos necesarios para la edificación terciaria adscrita por el planeamiento a la parcela deportiva. Los proyectos deberán incluir las demoliciones de cuantos inmuebles e instalaciones sean precisas para la construcción del nuevo Estadio.

b) Promover la construcción de la nueva instalación deportiva de acuerdo con su Anteproyecto y de conformidad con el Proyecto o Proyectos a presentar para su aprobación municipal, los cuales habrán de respetar el presente Pliego de Cláusulas Técnicas y la normativa que sea de aplicación, tanto urbanística, como constructiva y deportiva. Asimismo se obliga a la promoción de las edificación terciaria adscrita a la parcela por el planeamiento. La construcción podrá ejecutarse por fases y permitirá la celebración simultánea, con las debidas garantías de seguridad, de partidos oficiales del Real Zaragoza.»

A juicio del recurrente, estas prestaciones corresponden a las contempladas en el artículo 13.1 a) de la LCSP -«*La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto*»- y por tanto, subsumible en la definición que el artículo 14 de la LCSP otorga del contrato de concesión de obras.

En segundo lugar sostiene el recurrente que el valor de la prestación correspondiente a este contrato de concensión de obra, es 139.250.000€, afirmación que basa en el estudio de viabilidad al que, según el recurrente, se remiten los pliegos de contratación, que ha sido realizado por la consultora IDOM por encargo del "Real Zaragoza, SAD", y por tanto, es de valor superior al correspondiente al derecho de superficie, de manera que la prestación principal en el presente contrato sería la propia del contrato administrativo, por lo que esa sería su verdadera naturaleza.

Prosigue el recurrente en su escrito argumentando lo siguiente:

«*Por consecuencia, y dado que el contrato de derecho de superficie incluye una prestación propia de un tipo de contrato de los recogidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, en este caso, en el contrato de obras del artículo 13 LCSP y, por extensión en el de concesión de obras recogido en el artículo 14 de la LCSP como es la "la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto" y el valor de la prestación, como se ha visto, es muy superior al 50 por 100 del importe total del negocio jurídico que el Ayuntamiento pretende realizar por si mismo ya indicaría, a juicio de esta parte, que se está ante un contrato administrativo que debe regirse por los procedimientos de 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 y no por se un contrato privado, faltando por determinar la verdadera naturaleza*

del mismo que como ya se ha indicado, esta parte considera que es la del artículo 14 LCSP.

Así, la prestación recogida en la letra c "la explotación de la instalación deportiva así como de los aprovechamientos lucrativos terciarios existentes en la parcela, que podrán ser objeto de cesión en régimen de uso, arrendamiento o cualquier otro admitido en Derecho en favor de terceros, durante el plazo para el que se otorga el derecho de superficie" sería la contraprestación del derecho a explotar la obra recogido en el artículo 14 LCSP.

La prestación recogida en la letra d "El adjudicatario del derecho de superficie tendrá la obligación de conservar, gestionar y explotar la nueva instalación durante el plazo del derecho de superficie, garantizando la permanencia de Real Zaragoza SAD, o quien pudiera sucederle, como cesionario de uso estrictamente del nuevo campo de fútbol, de forma que pueda celebrar los partidos de competición en dicho emplazamiento, todo ello sin perjuicio de que dicha entidad deportiva asuma los gastos de puesta en funcionamiento de la instalación en cada ocasión que utilice la misma" sería la prestación de conservación y mantenimiento de los elementos construidos que menciona el mismo artículo 14 LCSP.

Sin embargo, tampoco estas prestaciones, aisladamente, nos sitúan en el tipo de contrato de concesión de obra, ya que para ello debe, obligatoriamente, transferirse al concesionario el riesgo operacional en la explotación de dichas obras. El concesionario asume dicho riesgo cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, se vayan a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión suponiendo una exposición real a las incertidumbres del mercado.

Pues bien, la cláusula sexta del pliego de condiciones técnicos transfiere ese riesgo operacional al adjudicatario cuando establece que "el proyecto, la construcción y explotación de las obras objeto del derecho de superficie, se realizará a riesgo y ventura del superficiario, que asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación".

En conclusión, cuando mayoritariamente las prestaciones que comprenden el objeto del contrato son propias de un contrato administrativo típico, el de concesión de obra regulada en el artículo 14 LCSP, y además se produce la transferencia de riesgo operacional al concesionario que exige el mismo artículo, esta parte considera que se está ante un contrato cuya verdadera naturaleza jurídica es la de un contrato de concesión de obra.

A mayor abundamiento, y atendiendo a lo recogido en los hechos cuarto y quinto de este recurso, el órgano contratante ha hecho suyo lo alegado por el actual usuario del campo de fútbol objeto del contrato, el Real Zaragoza SAD, que como dice en su escrito "ha manifestado públicamente el máximo interés en asumir la construcción del nuevo estadio de La Romareda así como las construcciones en las que se materialicen los usos terciarios". Parece especialmente relevante la intencionalidad del órgano cuando, conociendo que las prestaciones a las que obligaría el contrato son las prestaciones propias de un contrato administrativo como el propio Real Zaragoza admite, opta por una figura aparentemente de derecho privado para saltarse los plazos máximos previstos en la norma ampliando el periodo de explotación de 40 años máximos de una concesión de obra a 75 con la única finalidad de eliminar parte del riesgo que una operación de este tipo tiene de forma que el adjudicatario "obtenga los rendimientos económicos acordes con el mercado inmobiliario".

Esta obtención de beneficios sitúa el contrato en claro sometimiento a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público cuando en su artículo 2 dice que "Son

contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3. Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta" no siendo uno de los contratos excluidos por el articulado de dicha ley por la argumentación expuesta.

Finalmente y para determinar que ese contrato es susceptible del recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1 letra C LCSP, la concesión de obras debe tener un valor estimado superior a los 3 millones de euros siendo así ya que los propios pliegos cuantifican únicamente el derecho de superficie en treinta millones ochocientos cincuenta y siete mil novecientos doce euros (30.857.912 €) mientras que el actual usuario del campo de fútbol cifra en ciento treinta y nueve millones, doscientos cincuenta mil euros (139.250.000 €) la prestación de construir un nuevo campo de fútbol, valores netamente superiores al mínimo exigido.

Por ello, el recurrente considera que el órgano competente para resolver el recurso es, en consecuencia con la argumentación recogida a lo largo de este punto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón al tratarse de un verdadero contrato de concesión de obra con un valor superior a los 3 millones de euros.»

Frente a lo señalado por el recurrente, en el informe remitido a este Tribunal administrativo por el órgano de contratación se argumenta que, dada la naturaleza del negocio –constitución de un derecho de superficie–, procede la inadmisión del recurso por resultar de aplicación el artículo 9 de la LCSP, según el cual «*se encuentran excluídos de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de*

bienes patrimoniales distintos a los del 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».

En el citado informe, se defiende asimismo lo siguiente:«*El campo de fútbol de la Romareda es en la actualidad un bien municipal de naturaleza patrimonial como consecuencia de la aprobación definitiva de la Modificación Aislada 206 del Plan General de Ordenación Urbana que tuvo lugar por acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 29 de marzo de 2023, por lo que será preciso tener en cuenta el régimen de utilización de los mismos previsto en los arts. 99 y ss. del Real Decreto 1372/1986 de 13 de junio 1986, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y mas concretamente el art. 111 que por lo que respecta a bienes integrantes del Patrimonio Municipal de Suelo, como es el caso que nos ocupa, remite a lo previsto en la legislación sectorial urbanística, en nuestro caso, Real Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Urbanística de Aragón (arts. 103 a 113), donde se regulan las facultades de disposición de dichos bienes para su enajenación o constitución de derechos de superficie.*

Sin perjuicio de lo expuesto, resultará necesario, en todo caso, atender a la causa del contrato para determinar la naturaleza de contrato público o contrato patrimonial, respetando la arquitectura jurídica propia de cada negocio jurídico. Y la causa de la actual licitación en modo alguno pretende la financiación de una infraestructura municipal sino que el fin primario es promover la gestión del estadio por el futuro adjudicatario del contrato, que bien podría ser el club deportivo Real Zaragoza SAO habida cuenta del interés manifestado, asumiendo el futuro adjudicatario el compromiso de ejecutar a su costa las obras necesarias para su óptima explotación.

Sirva de ejemplo el criterio adoptado por el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 611/2021, de 21 de mayo, que inadmite la reclamación contra un contrato de arrendamiento de superficies para alquiler de vehículos en el Aeropuerto de Palma de Mallorca, por considerar que es un negocio patrimonial, así como por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su resolución 24/2021, que inadmite un recurso interpuesto contra un contrato de cesión de uso en régimen de derecho de superficie de una parcela municipal para la construcción y explotación de una superficie comercial, al entender que se trata de un contrato privado y no susceptible de recurso.

En definitiva, no todo negocio que implique una gestión de una infraestructura es contrato público, ya que existen negocios jurídicos que pueden gestionarse al margen de dicha técnica en tanto su finalidad y causa sea la de explotar económicamente determinada propiedad.

En el presente supuesto, no resulta de aplicación la LCSP, y por ello debe inadmitirse el recurso, dado que no es un contrato de obras ni de concesión de obras, pues ni tiene por finalidad el giro administrativo, actividad propia o típica de la Administración pública. No satisface una necesidad de interés general, de prestación pública, sino que responde a la explotación económica de un bien público vinculado a la finalidad deportiva por una entidad privada. La causa del negocio jurídico a celebrar, en tanto que elemento determinante, no se vincula a la prestación de un "servicio público" sino lo que se pretende es la rentabilidad patrimonial del referido inmueble vinculando dicha explotación a la necesaria estrategia de empresa.

Desde esta lógica causal, la solución no puede ser la aplicación a la licitación de las reglas reguladas en la LCSP para una concesión de obras públicas (modelo que "expulsaría" automáticamente al Real Zaragoza, al resultar imposible que

pueda cumplir los requerimientos de solvencia financiera, técnica y profesional exigibles a este tipo de operaciones contractuales...) Procede por tanto la aplicación de la legislación patrimonial.

Consecuentemente con lo anterior, el Ayuntamiento de Zaragoza insta al TACPA a que proceda a la declaración de inadmisibilidad del citado recurso, en tanto resulta evidente y manifiesto que se trata de un acto no susceptible de dicho recurso por ser un contrato patrimonial excluido expresamente de las previsiones de la LCSP y, por ende, excluido de forma expresa de recurso especial.

En consecuencia, siendo indubitada la improcedencia de recurso especial, con el fin de evitar dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento contractual, deberá solicitarse, de conformidad a las especialidades del trámite de inadmisión descritas, la inmediata inadmisión del recurso por cuanto dicho recurso lo es contra actividad no susceptible de impugnación en tanto no constituye uno de los actos recurribles de acuerdo con el articulo 44.4 LCSP.»

Así pues, la determinación de la naturaleza del contrato concernido es fundamental pues de ella depende que el acto impugnado sea susceptible del recurso especial y, en consecuencia, que este Tribunal sea competente para conocer del mismo.

Para dicha determinación habrá que contrastar su contenido con la legislación contractual y, especialmente, con las directivas europeas de contratación pública.

Así hay que estar en primer lugar al artículo 14 de la LCSP que lo define de la siguiente forma:

«*1. La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo*

anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.»

También debe acudirse a la definición que de dicho contrato recoge la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Así en su artículo 5 señala:

«*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:*

1) «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b):

a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;

b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional

cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;

(..)

7) «ejecución de las obras»: la ejecución, o el proyecto y la ejecución, de obras relacionadas con el desarrollo de actividades recogidas en el anexo I, o de una obra, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las especificaciones suministradas por el poder adjudicador o entidad adjudicadora, que de este modo influye de forma decisiva en el tipo o concepción de la obra;»

Sobre el requisito de la influencia decisiva al que alude la Directiva, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC) en su Resolución 59/2015, de 2 de junio, -con cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25/3/2010, asunto C-451/08, «*Helmut Müller*», apartado 67- señaló que dicho requisito exige que las obras deben responder a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, que adopta las medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto, las cuales deben enmarcarse en una relación contractual, y no en el uso de potestades administrativas como el ejercicio de las facultades de control de la legalidad urbanística que competen al Ayuntamiento.

El examen, por tanto, debe partir del objeto del contrato, que según la introducción del Anexo II del Pliego de Condiciones Técnicas (en adelante, PCT) es el siguiente:

«*El Proyecto a realizar para el nuevo Estadio de "La Romareda" ha de perseguir la consecución de un diseño de la más alta calidad arquitectónica para convertirse en referencia a nivel internacional. Para ello, a continuación se desarrollan todos los aspectos relativos a su diseño que este Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, como propietario del Estadio actual y de los terrenos sobre los que se asentará el nuevo Estadio, considera necesarios para que la Nueva Romareda sea un Estadio para todos los zaragozanos y sea una imagen representativa de la propia Ciudad de Zaragoza.*

El aforo se establece en al menos 42.500 espectadores. De esta manera se pretende cumplir con el criterio de disponer de 40.000 localidades netas en el caso de la celebración de la Copa del Mundo de Selecciones y a la vez se dispone de un número suficiente de localidades de "hospitality" para dicho evento.

En el diseño de los Estadios modernos cada vez es más importante que sean utilizados los 365 días del año o el máximo de días posibles, de manera que generen actividad para la ciudad donde se asientan, a la vez que ingresos recurrentes necesarios para el desarrollo del Club. En este sentido, el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza ha realizado una Modificación Aislada del Plan General de Ordenación Urbana de manera para fusionar las dos parcelas existentes previamente, la del Estadio y la de un edificio de carácter terciario, para dar cabida en el diseño del nuevo Estadio a los usos terciarios que generen esas sinergias con el uso del fútbol y los usos de terciario deportivo más vinculados a la actividad del día a día. De esta manera, se puede afirmar que "La Nueva Romareda" deberá ser un concepto de Estadio de última generación, capaz de ser utilizado todos los días del año y capaz de servir de motor de la actividad ciudadana de la zona.»

De manera que los pliegos impugnados no se limitan a incluir las prestaciones propias del derecho de superficie, sino que detallan de forma pormenorizada la obra que se ha de proyectar (capacidad del estadio, configuración de los servicios que se han de prestar, funcionalidades,..), el calendario de demolición del estadio actual así como lleva a cabo un condicionamiento en cuanto al uso de la misma (a disposición del club de fútbol y su calendario oficial de partidos), lo que pone de manifiesto que hay una auténtica intención de regular el tipo o concepción de la obra y sus características y su uso, más allá del ejercicio de potestades administrativas.

A lo anterior se suma que también se aprecia la existencia del otro requisito propio de la concesión de obras puesto que concurre «*el riesgo operacional*», tal y como resulta de las siguientes cláusulas del PCEA:

«*DECIMOTERCERA. DERECHOS DEL SUPERFICIARIO*

El superficiario tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

El derecho a la explotación de la nueva instalación deportiva, así como de los usos terciarios complementarios de la parcela, percibiendo la correspondiente contraprestación económica por parte de los usuarios.

El derecho a la utilización de los bienes patrimoniales de la administración otorgante que resultan necesarios para la construcción, conservación y explotación de las obras ejecutadas, que incluirá la utilización para la construcción de las aguas que afloren o materiales que aparezcan durante su ejecución.

El derecho a transmitir el derecho de superficie otorgado, contando previamente con la correspondiente autorización del Ayuntamiento de Zaragoza en los términos previstos en el presente Pliego.

El derecho a gravar o hipotecar el derecho de superficie otorgado, que habrá de ser objeto de notificación al Ayuntamiento de Zaragoza, para su conocimiento y efectos.(..)»

Y en la cláusula 6 del PCT se señala lo siguiente*:* «*RIESGO Y VENTURA El Proyecto, la construcción y explotación de las obras objeto del derecho de superficie, se realizará a riesgo y ventura del superficiario, que asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación.*»

Por tanto y partiendo del concepto del contrato de concesión de obra pública contenido en el artículo 14 en relación con el 13.1 de la LCSP, y el artículo 2.1.6 de la Directiva 2014/24/UE antes citado, las dos características que identifican esta figura contractual hacen referencia respectivamente a su objeto y a la forma de remunerar al contratista; así, el contrato de concesión de obra ha de tener por objeto bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra y que se trate de una obra susceptible de explotación económica, por cuanto la segunda nota que caracteriza a este tipo de contrato es la particular forma de remunerar las prestaciones realizadas por el contratista con el derecho que se le reconoce a explotar la obra, pudiendo este derecho estar acompañado o no del abono de un precio. De este modo, cabe afirmar que claramente concurren las notas de este contrato en el presente caso.

Pues bien, el hecho de que concurran las notas y requisitos para ser considerado un contrato de concesión de obra por la normativa europea, con independencia de su calificación, naturaleza o regulación con arreglo al derecho interno, determina que el contrato esté incluido en el ámbito del recurso especial tal y

como señaló el OARC en su Resolución 2/2015, de 16 de enero, y que este Tribunal comparte. En la misma se razonaba la preferencia de la normativa europea de la siguiente manera:

«*Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con las definiciones que para cada tipo establece la legislación contractual (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC).*

La citada legislación ha de interpretarse del modo que resulte más adecuado para que las Directivas que incorpora tengan el efecto útil buscado por el legislador europeo. Si tal interpretación no es posible, y el precepto de la directiva tiene un contenido normativo claro, preciso e incondicionado que reconoce derechos concretos a los particulares frente a los poderes públicos y que no se ha incorporado en el plazo marcado, o se ha incorporado incorrectamente, la Directiva debe aplicarse con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga y los particulares pueden alegarla ante las autoridades nacionales, que deben aplicarla frente a cualquier norma nacional que la contradiga (Sentencia del TJUE de 24/9/1998, asunto C-76/97).

A la vista de lo anterior, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquélla cuyo objeto comprende «(…) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro

(…).»; esta definición es idéntica a la que establece el artículo 1.2 d) de la Directiva 2004/18 /CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en ella caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador son precisamente las características que permiten descartar que el contrato sea una concesión de servicios, figura no comprendida en el ámbito de la Directiva 2004/18 (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10). Dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de servicios debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación o naturaleza se reputen distintas en el TRLCSP. Consecuentemente, el recurso debe ser considerado como referido a un contrato de servicios y aceptada su tramitación, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto, que también versa, como se verá, sobre la naturaleza jurídica del contrato.».

El OARC también determinó el acceso al recurso especial respecto a un contrato que cumplía las notas propias del de concesión de obras con arreglo al Derecho europeo, en su Resolución 59/2015, de 2 de junio, de la siguiente forma:

«*Consecuentemente, a los efectos de considerar su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, el contrato impugnado es un contrato de concesión*

de obras, habida cuenta de su valor estimado, superior al umbral de armonización (artículo 14 LCSP).

Conviene recordar que, como ya estableció este OARC / KEAO en su Resolución 2/2015, dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de obras debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación, naturaleza o regulación se reputen distintas en el TRLCSP o en el resto del derecho interno. No obstante, una vez salvada esa exigencia y la de que se incorporen los contenidos exigidos por la Directiva 2004/18, el legislador de cada Estado miembro es libre para configurar el nombre y el régimen jurídico del contrato como le parezca más oportuno. Partiendo de ese ámbito de libertad de regulación, y a la vista de los artículos 174.3 de la Ley 2/2006 y 211 del Reglamento de Gestión Urbanística, en concordancia con el artículo 19.1 b) TRLCSP, no hay inconveniente para considerar el negocio como un contrato administrativo especial.».

Por ello, a los efectos de su inclusión en el ámbito objetivo del recurso especial, el contrato impugnado se considera un contrato de concesión de obras, habida cuenta las notas antes referidas así como su valor estimado, superior al umbral de armonización (artículo 14 LCSP), por lo que se ha de aceptar su tramitación, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto, que versa también, como se verá, sobre la naturaleza jurídica del contrato, esto es, sin que ello quiera decir que en el Derecho interno pueda tener otra naturaleza, denominación y/o regulación.

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

TERCERO.- La cuestión de fondo planteada por el recurso es si la calificación del contrato es patrimonial o de concesión de obra, cuestión que, con alcance meramente procesal, ya se ha tratado anteriormente. Toca ahora reiterar que, de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia europea ya citadas, no cabe duda de que el contrato tiene las notas típicas del contrato de concesión de obra. Procede ahora resolver la cuestión conforme al Derecho interno.

El recurso se dirige frente a los Pliegos rectores del contrato al que venimos haciendo referencia, y en él se interesa la anulación de todo el procedimiento de licitación, por prescindir de la naturaleza del contrato como concesión de obras y de manera concreta, señala que el solo error en la calificación de un contrato no acarrea vicio de legalidad alguno, salvo que a consecuencia de ello se infrinja algún precepto sustantivo o procedimental; así, destaca el recurrente que se ha soslayado la aplicación de las normas reguladoras del contrato de concesión de obras, como la que impone la realización del estudio de viabilidad de la obra, así como la aprobación del proyecto de obras, precedido, en su caso, del correspondiente anteproyecto de construcción y explotación de las obras, la omisión de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y el trámite de información pública.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe se señala lo siguiente:

«*3.- Sobre el fondo del recurso interpuesto.*

3.1 Subsidiariamente, si no se acepta el argumento contemplado en el fundamento anterior procede indicar lo siguiente. El contrato sujeto a licitación pública, es un contrato calificado por la administración contratante como de naturaleza privada, por cuanto se trata de la constitución de un derecho de superficie sobre una parcela de propiedad municipal de naturaleza patrimonial, SG-ED (PV) 28.22, como

consecuencia de la aprobación definitiva de la Modificación 206 del vigente PGOU, según acuerdo adoptado por el Gobierno de Zaragoza en fecha 29 de marzo de 2023.

Consecuentemente con lo anterior, se trata de un bien integrante del patrimonio municipal de suelo, a tenor de lo dispuesto en el art. 104 a) del Texto Refundido de la Ley Urbanística de Aragón, por tratarse de una parcela de equipamiento privado, destinada a uso deportivo y sus complementarios, así como también a usos terciarios y comerciales, lo que implica que su régimen de disposición, por remisión del art. 111 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras del Gobierno de Aragón, debe ser el previsto en los arts. 107 a 113 del Texto Refundido de la Ley Urbanística deAragón.

A tal efecto, se consideró conveniente la constitución de un derecho de superficie, al tratarse de un derecho real limitativo del dominio, que permite que el Ayuntamiento de Zaragoza conserve la propiedad del suelo tal y como preveía la Modificación de Plan General reseñada y que lo que sea objeto de licitación sea la constitución de un derecho de superficie que posibilite la construcción de un nuevo estadio de fútbol así como del resto de los usos terciarios y comerciales previstos en la parcela, y su explotación durante un periodo máximo de 75 años, transcurrido el cual toda la instalación revertirá al patrimonio del Ayuntamiento de Zaragoza.

El objetivo de utilización de esta fórmula no es otro que posibilitar la construcción de un equipamiento privado moderno y acorde con nuestra ciudad, que permita su utilización para grandes eventos, entre otros la celebración del Mundial de Fútbol 2030, circunstancia esta que hace necesario dotar al contrato de los mecanismos jurídicos y plazos necesarios para que el proyecto sea atractivo para la iniciativa privada, de forma que se garantice la obtención de la financiación necesaria para desarrollar el proyecto durante todo el plazo de

duración del contrato, y se pueda amortizar la inversión económica en el marco de la colaboración publica-privada.

En realidad no se trata de un contrato propio del giro administrativo ya que no satisface una prestación pública, sino que lo que se pretende es la explotación económica de un bien patrimonial de la Administración, vinculado a una finalidad deportiva gestionada por una entidad privada, dada la condición del Real Zaragoza como usuario de dicha instalación, todo ello con independencia de quien resulte adjudicatario final del contrato. En cualquier caso el adjudicatario final habrá de garantizar la utilización por parte del Real Zaragoza del nuevo campo de fútbol en las condiciones que se establezcan en el Pliego aprobado.

El contrato sujeto a licitación no queda vinculado a la prestación de un servicio público como pretende el reclamante, sino que busca obtener la rentabilidad patrimonial de un inmueble municipal, así como la rentabilidad social derivada de la construcción de un nuevo equipamiento para nuestra ciudad que permita el desarrollo de la actividad deportiva del Club de Fútbol Real Zaragoza, acorde con la categoría del club y la importancia de la ciudad de Zaragoza.

3.2 El recurso hace referencia a la errónea calificación del contrato, como contrato privado por la administración contratante, ya que el mismo debió ser calificado como contrato de concesión de obra pública y por tanto sometido a la legislación contractual de las administraciones públicas y no a su legislación patrimonial, lo que justifica haciendo constar que las prestaciones a realizar como consecuencia del contrato en el inmueble municipal, son las propias de la ejecución de un contrato de obra pública así como la explotación de las mismas.

A este respecto cabe significar, en primer lugar, que no se trata de una obra pública, ya que como consecuencia de la aprobación definitiva de la Modificación

Aislada 206, el suelo pasa a tener la consideración de patrimonial y por lo tanto susceptible de venta o del establecimiento de derechos limitativos de la propiedad, como puede ser el derecho de superficie.

En el presente supuesto, la administración contratante ha optado por la constitución de un derecho de superficie que permite mantener la propiedad del suelo durante el periodo de duración del mismo, siendo el adjudicatario del mismo titular del equipamiento deportivo y demás construcciones para usos terciarios que ejecutará a su costa y explotará durante el periodo de vigencia de dicho derecho, transcurrido el cual pasará a propiedad municipal.

Si se hubiera utilizado el contrato de concesión de obra pública, previsiblemente Real Zaragoza SAO no hubiera podido cumplir los requisitos de solvencia financiera, técnica y profesional exigibles para este tipo de contratos en la legislación de contratos del Sector Público, dado su situación económica y financiera, por lo que "de facto" habría quedado excluido del proceso de licitación.

Por otro lado, siguiendo el criterio del recurrente, resultaría prácticamente imposible el otorgamiento de un derecho de superficie sobre bienes patrimoniales pertenecientes a una administración pública, pues siempre se consideraría como obra pública aquella que ejecutara el superficiario, así como su ulterior explotación económica y en consecuencia quedaría sometido, en todo caso, a la legislación contractual de las administraciones públicas y nunca a la legislación patrimonial, lo cual resulta contrario al propio art. 9.2 de la Ley de Contratos del Sector Público que excluye los contratos patrimoniales de su ámbito de aplicación con carácter general.

Pensemos a modo de ejemplo en el otorgamiento de un derecho de superficie sobre una parcela patrimonial destinada a uso residencial. Dicho contrato se

califica siempre como un contrato de naturaleza patrimonial y sometido a la legislación patrimonial de las administraciones públicas, dado que en ningún caso puede considerarse como una concesión de obra pública, y por lo tanto sometido a la legislación contractual de las administraciones públicas, dado que no se trata de una obra de naturaleza pública, sino de la ejecución de una obra por parte del superficiario para su explotación durante un plazo determinado.»

Pues bien, la cuestión, como decíamos, debe resolverse en el ámbito del derecho interno. Por ello hay que estar en primer lugar a la legislación contractual que en su artículo 9.2 de la LCSP señala lo siguiente:

«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 incorporales, 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 1.ª 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»

El informe 58/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, invocado acertadamente por el recurrente, en relación al citado artículo 9.2 de la LCSP, que hemos transcrito en parte al relatar los argumentos del escrito de recurso y que damos por reproducido, señaló las siguientes conclusiones:

«*• El contrato por el que una entidad local constituye un derecho de superficie sobre bienes municipales de naturaleza patrimonial ostenta el carácter de*

contrato privado sujeto a la legislación patrimonial propia de las Corporaciones Locales.

• El inciso final del artículo 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no altera esta naturaleza si la prestación propia del contrato patrimonial puede calificarse como principal conforme a la Ley.

• Si la prestación predominante es la propia de un contrato administrativo típico, esta será la naturaleza jurídica del contrato en cuestión. »

Por lo tanto, dado que nos encontramos con un contrato calificado por la Administración como privado y por tanto sujeto a la legislación patrimonial, que incluye prestaciones propias de un contrato típico administrativo –como hemos concluido en el anterior Fundamento de Derecho al que nos remitimos- es preciso verificar si el valor estimado de estas últimas, no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio, requisito o condición que exige el artículo 9.2 de la LCSP para que el contrato pueda tener esa naturaleza jurídica.

Como señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el informe meritado, si la prestación principal es la propia de un contrato sujeto a la legislación patrimonial, como es el contrato de otorgamiento de un derecho de superficie, tal contrato debe ser calificado como un contrato privado, y quedar sujeto a la normativa patrimonial. Por el contrario, si nos encontramos ante un supuesto en que la prestación principal es la propia de un contrato administrativo típico, esta debe ser la naturaleza propia del contrato. Es decir, la naturaleza contractual vendrá determinada por la prestación principal del contrato.

Así, habrá que estar al valor estimado de cada prestación que el órgano de contratación haya calculado, para determinar la prestación principal.

Pues bien, respecto del derecho de superficie, consta en el expediente el informe técnico de 23 de marzo de 2023 en el que se señala que «*La valoración del derecho real de superficie por encima de 30 años, en la parcela municipal ED(PV) 28.22, para la construcción de un nuevo estadio de fútbol y su explotación, con la finalidad de enajenarlo mediante licitación pública a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, según lo expuesto asciende a la cantidad de TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DOCE EUROS (30.857.912.-€),libre de cargas y gravámenes.*»

En el PCEA, la cláusula 4 señala que «*El precio de licitación por la transmisión del derecho de superficie, IVA no incluido, asciende a la suma de TREINTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS DOCE EUROS (30.857.912 €), que se corresponde con el canon global por el otorgamiento del derecho de superficie y mejorable al alza, que será objeto de baremación con arreglo a los criterios y fórmulas, debidamente ponderados, que se recogen en la Cláusula Décima, todo ello en base a la tasación emitida por la Arquitecto-Jefa del Servicio de Administración de Suelo y Vivienda de fecha 23 de marzo de 2023 que se acompaña como Anexo VI.* »

Mientras que respecto a las obras a realizar, en el Anexo II del PCT bajo el título «*costes de construcción y demolición*»*,* se señala lo siguiente:

«*En la actualidad no puede adelantarse el coste de inversión que se efectuará en la instalación deportiva, dado que el mismo se determinará en el proyecto que presente el adjudicatario del contrato, habida cuenta del diseño final de la instalación así como la constante fluctuación de los costes de los materiales de construcción*»*.*

Es decir, que el órgano de contratación no ha evaluado el valor estimado correspondiente a las prestaciones propias del contrato administrativo, por lo que ante la ausencia de tal valoración, no está garantizado el respeto al límite establecido en el artículo 9.2. de la LCSP de que aquél no sea superior al 50 por 100 del importe total del negocio.

En cualquier caso, la ausencia de tal valoración y por tanto, la falta de justificación en la documentación preparatoria del expediente contractual, de la observancia del límite señalado, determina que el procedimiento objeto de este recurso incurra en un vicio de legalidad invalidante, al contravenir una norma imperativa o prohibitiva, pues no estamos ante un requerimiento meramente formal del expediente, sino que debe reputarse un elemento sustantivo necesario por referirse a la motivación de un elemento esencial de la contratación y por ser necesaria para que se pueda llevar a cabo la función revisora de la discrecionalidad técnica de la Administración, lo que afecta a la tutela judicial efectiva –en línea con lo señalado en nuestro reciente Acuerdo 60/2023, de 23 de junio, con cita de la doctrina del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, que resulta trasladable al presente caso-. Y es que sin dicha valoración, este Tribunal administrativo no puede identificar la prestación principal del contrato y por ende, no puede determinarse la verdadera naturaleza del contrato, por lo que no puede verificarse el control jurídico del acto dictado.

Efectivamente, la falta de determinación del valor estimado de las prestaciones relativas al proyecto y obras a realizar, impide a este Tribunal resolver el fondo del asunto, y pronunciarse sobre la corrección de la calificación jurídica y verdadera naturaleza del contrato, con arreglo a la normativa española.

No puede admitirse la valoración que el recurrente otorga a las prestaciones referidas pues la basa en un informe elaborado por una entidad privada, a instancia del “Real Zaragoza, S.A.”, en el que se valora el coste de la realización

de las obras de derribo y remodelación del estadio municipal, sin embargo dicho informe no figura en el expediente administrativo, constando únicamente un documento denominado «*modelo de negocio*» aportado en el expediente licitatorio, junto a un escrito de alegaciones presentado por dicho club, de fecha 23 de diciembre de 2022, que adjunta el recurrente a su escrito de recurso, pero que no puede considerarse como prueba determinante del valor estimado, pues no puede saberse si las actuaciones valoradas coindicen o no totalmente, con lo proyectado como objeto del contrato o si por el contrario se han valorados elementos y costes superiores a los mínimos exigidos en el condicionado técnico del contrato.

En todo caso, el órgano de contratación es quien tiene el deber de calcular el valor estimado de las prestaciones a realizar y debe llevar a cabo su estimación con carácter previo a la calificación del contrato como privado o administrativo, y así llevar a cabo la justificación del cumplimiento del límite establecido en el artículo 9.2. de la LCSP si se han de incluir prestaciones típicas de un contrato administrativo en uno de naturaleza patrimonial. De este modo, la ausencia de evaluación del valor estimado de dicha parte del objeto del contrato determina de forma automática, la existencia de un vicio de nulidad del procedimiento, por contravenir la citada norma contractual imperativa.

Por todo ello y aunque la nulidad del procedimiento no haya sido instada por el recurrente en base a la ausencia de cálculo del valor estimado, coincide con su pretensión –solicita que se declare la nulidad de pleno Derecho de los pliegos-, por lo que se da cumplimiento al principio de congruencia -con arreglo al cual se ha de dar respuesta a las distintas pretensiones formuladas, evitando que se produzca un desajuste entre la parte dispositiva de la resolución y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones- y el precepto legal que se invoca por el recurrente como infringido, es el mismo que este Tribunal reputa como vulnerado.

En consecuencia, se declara la nulidad del procedimiento licitatorio impugnado, debiendo el órgano de contratación para el caso de proceder a tramitar uno nuevo, llevar a cabo el correspondiente cálculo del valor estimado de las actuaciones relativas a la construcción del nuevo estadio objeto del contrato, a fin de garantizar el respeto a la prohibición establecida en el artículo 9.2 de la LCSP y en definitiva, para permitir que pueda someterse a la función revisora, la naturaleza y calificación del contrato.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación de «otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO.- El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.