

Recurso nº 222/2018

Resolución nº 224/2018

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

En Madrid, a 18 de julio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don C.S.F., en nombre y representación de Airon Sistemas de Información, S.L., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras y Contratación del IFEMA, de fecha 7 de junio del 2018, por el que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio de atención y soporte a usuarios prestada por la dirección de tecnología de la información para IFEMA, Feria de Madrid”, número de expediente: 18/099-2000013302, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Institución Ferial de Madrid (IFEMA) convocó procedimiento para la contratación del servicio de atención y soporte a usuarios prestada por la dirección de tecnología de la información para IFEMA, a cuyo efecto se aprobó el correspondiente Pliego de Bases. El valor estimado del contrato es de 555.000 euros.

Una vez revisada la documentación técnica presentada por la recurrente, la Comisión de Compras y Contratación de IFEMA acordó rechazar la oferta por

estimar que incumplía determinados requerimientos técnicos establecidos en dicho Pliego de Bases.

Segundo.- Con fecha 5 de julio de 2018, por Airon Sistemas de Información S.L., se ha interpuesto ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación.

El recurso se remitió al órgano de contratación al efecto, de que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 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 remitiera el expediente y el informe preceptivo, lo que se verificó el día 10 de julio de 2018.

En dicho informe se solicita la inadmisión del recurso al no tener IFEMA la consideración de poder adjudicador y subsidiariamente la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El artículo 44 de la LCSP dispone:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores (...).”

Afirma el órgano de contratación que IFEMA no tiene la condición de poder adjudicador y en consecuencia no es procedente el recurso especial en materia de contratación.

A fin de determinar la naturaleza de la entidad contratante y en concreto si ostenta la condición de poder adjudicador deben utilizarse los parámetros de la

normativa y jurisprudencia europeas, como ya ha señalado este Tribunal entre otras en las Resoluciones 118/2016, de 30 de junio; 265/2017, de 27 de septiembre y 323/2017, de 2 de noviembre de 2017.

Cabe citar en concreto la Resolución 323/2017 de 2 de noviembre, que establece: *“El concepto de organismo de Derecho público como concepto del Derecho de la Unión -que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia-, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 2.1.4) de la Directiva de contratación pública.*

El artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE, que no se separa de su predecesor, el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, define a los organismos de derecho público que deben considerarse poderes adjudicadores por las siguientes características:

“a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
b) que esté dotado de personalidad jurídica propia y
c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.

Teniendo en cuenta estas características, que son los presupuestos que deben cumplirse conjuntamente de forma acumulativa, debemos analizar la configuración jurídica y estructural de IFEMA al objeto de comprobar su cumplimiento.

Cabe citar el Informe 3/2009, de 28 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña cuando afirma que poseerán la condición residual de “otros entes del sector público” todos los sujetos en quienes no concurran los requisitos establecidos en el artículo 3.3.b) del TRLCSP para calificarlos como poderes adjudicadores y, más específicamente, el primero de los requisitos a que hace referencia este artículo -haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil-, análisis que deberá realizarse ad casum.

La definición del requisito de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, debe también ser interpretada a la luz de la normativa y jurisprudencia europeas, que no vincula de forma exclusiva el concepto de interés general con el de competencia. La satisfacción de fines de interés general no tiene que ver necesariamente con el ejercicio de potestades públicas y el ejercicio de autoridad. En este sentido la STJUE de 22 de mayo de 2003 en el asunto C-18/01, señala que “Una sociedad anónima que ha sido creada por un ente territorial al que pertenece y que éste administra satisface una necesidad de interés general, en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, cuando contrata servicios con objeto de fomentar el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el territorio del referido ente. A fin de evaluar si dicha necesidad carece de carácter industrial o mercantil, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”.

Con carácter general las Sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C373/00; Feria de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C- 260/99; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00 (...), delimitan la definición de necesidades de interés

general que consideran aquellas que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de mayo de 2001, asunto Agorà Srl - Ente Autónomo Fiera Internazionale di Milano, asuntos acumulados C-223/99 y 260/99, el citado Tribunal parte del reconocimiento de que las actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares satisfacen necesidades de interés general y cuestiona si las necesidades de que se trata tienen o no carácter industrial o mercantil para examinar la naturaleza de organismo de Derecho Público o no del citado Ente.

En dicha Sentencia el TJUE señala lo siguiente: "(39) importa señalar, en primer lugar, que la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares es una actividad económica que consiste en ofrecer servicios en el mercado. En el presente caso, de los autos resulta que la entidad de que se trata presta servicios a los expositores contra pago de una contrapartida. Con su actividad, satisface necesidades de naturaleza mercantil, por una parte, de los expositores, que se benefician de la promoción de los bienes o servicios que exponen y, por otra parte, de los visitantes que desean informarse de cara a posibles decisiones de compra.

(40) A continuación, es preciso subrayar que, aunque la entidad de que se trata carece de ánimo de lucro, como se deduce del artículo 1 de sus Estatutos, su gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad. Dado que no se ha previsto ningún mecanismo para compensar posibles pérdidas financieras, soporta ella sola el riesgo económico de sus actividades.

(41) Además, procede destacar que la Comunicación interpretativa de la Comisión referente a la aplicación de las reglas del mercado interior al sector de las ferias y exposiciones (DO 1998, C 143, p. 2) proporciona también un indicio que confirma el carácter industrial o mercantil de la celebración de ferias y exposiciones.

Esta Comunicación tiene por objeto, en concreto, explicar la manera en que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios benefician a los organizadores de ferias y exposiciones. De ello se deduce que, por regla general, no se trata de necesidades que el Estado decide satisfacer por sí mismo o con respecto a las cuales pretende conservar una influencia determinante.

(42) Por último, el hecho de que una entidad como la que es parte en el litigio principal opere en un entorno competitivo, cosa que corresponde comprobar al juez nacional teniendo en cuenta el conjunto de sus actividades, que se extienden tanto a nivel internacional como nacional y regional, corrobora la interpretación según la cual la actividad consistente en organizar ferias y exposiciones no se ajusta al criterio definido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guion, de la Directiva".

Para el Tribunal de Justicia no tiene la condición de organismo de Derecho Público una entidad:

- que tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares,*
- que carece de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficiencia y rentabilidad,*
- y que opera en un entorno competitivo.*

Adviértase que, como ya se ha indicado, los requisitos del artículo 3 del TRLCSP deben exigirse de forma acumulativa, por lo que la falta de cumplimiento del primer requisito (que la entidad satisfaga necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil) excluiría la necesidad de analizar el cumplimiento o no de los restantes, es decir, que, además: "(...) uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia" -artículo 3 TRLSCP-.

IFEMA es un consorcio creado en el año 1980 y participado por la Comunidad de Madrid (31%), el Ayuntamiento de Madrid (31%), la Cámara de Comercio de Madrid (31%) y Caja Madrid (7%). Según sus Estatutos:

“Artículo 4. Objeto La Institución Ferial de Madrid tendrá por objeto, en sus términos más amplios, la promoción, fomento y desarrollo del comercio, la industria y los servicios, según los términos que se incluyen a continuación. Para ello, podrá actuar, directa o indirectamente, mediante cualquier forma admitida en derecho”.

La misma actividad que ejerce IFEMA se realiza también a través de diversos operadores en una situación de competencia. Cualquier operador que cuente con las cualificaciones profesionales necesarias puede ejercer el derecho de realizar la actividad ferial. De ello puede deducirse que no se trata de necesidades que un poder adjudicador decide satisfacer por sí mismo o con respecto de las cuales pretende conservar una influencia dominante”.

Este Tribunal consideró en las precedentes Resoluciones 26/2012, de 29 de febrero y 72/2012, de 11 de julio, y a los solos efectos de fijar su competencia, que IFEMA aunque satisface un interés público ostenta una finalidad mercantil o industrial, por lo que no cumplía uno de los tres requisitos acumulativos exigidos en el artículo 3.3.b) del TRLCSP para que ostente la condición de poder adjudicador. Por tanto, si bien forma parte del sector público al no encontrarnos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada otorgado por un poder adjudicador, no cabe recurso especial en materia de contratación contra las decisiones que IFEMA adopte en relación con los contratos que celebre en los términos establecidos en la normativa de aplicación.

En este sentido citaba también en el Informe 6/2003, de 22 de septiembre, de la Junta Superior de Contratación Pública de la Generalidad Valenciana, relativo al sometimiento de la Feria Muestrario Internacional de Valencia a las normas de contratación pública. Concretamente, en la conclusión primera el citado informe señala que *“Feria Internacional de Valencia tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares, carece*

de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficiencia y rentabilidad, y que opera en un entorno competitivo no es un organismo de Derecho Público en el sentido de las directivas sobre contratación pública del art. 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" -actual artículo 3 del TRLCSP-.

A esta misma conclusión llega el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 707/2015, de 24 de julio, respecto de la Feria Muestrario Internacional de Valencia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3.d) de la LCSP se consideran poderes adjudicadores: *"Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia".*

Por lo tanto, no habiendo sufrido modificación la regulación de esta materia por la entrada en vigor de la LCSP, de acuerdo con los argumentos anteriores debe concluirse que IFEMA no tiene la consideración de poder adjudicador.

No obstante el artículo 321 de la LCSP establece que la contratación de las entidades que no tienen el carácter de poder adjudicador, se ajustará a sus instrucciones internas en materia de contratación, siempre dentro del respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145.

El apartado 5 de dicho artículo 321 establece además que “*Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria*”.

En cumplimiento de lo anterior el Comité Ejecutivo de IFEMA ha aprobado las nuevas instrucciones internas que en el apartado I indica lo siguiente: “*Según lo dispuesto en el artículo 3.3 d), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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, IFEMA constituye una entidad del sector público que no tiene la consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador.*

De conformidad con el artículo 26 de la citada Ley, los contratos que suscriba IFEMA tienen la consideración de contratos privados, por lo que se rigen por lo establecido en los artículos 321 y 322 de la misma”.

El apartado 8 de dichas instrucciones expresamente señala que “*Los contratos que celebre IFEMA son privados, de conformidad con el artículo 26 LCSP y se regirán:*

- *Los actos de preparación y adjudicación, por los artículos 321 y 322 LCSP.*
- *Los efectos, modificación y extinción por las normas de derecho privado que resulten de aplicación.*
- *El conocimiento de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativa.*

- El conocimiento de cuantas cuestiones litigiosas afecten a sus efectos, modificación, cumplimiento y extinción corresponderá a la jurisdicción civil”.

En consecuencia, los actos de IFEMA relativos a la preparación y adjudicación de los contratos, no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, siendo no obstante recurribles de acuerdo con lo previsto en Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que este Tribunal no es competente para resolver sobre el recurso interpuesto y procede su inadmisión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 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, previa deliberación, por unanimidad, y, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don C.S.F., en nombre y representación de Airon Sistemas de Información, S.L., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras y Contratación del IFEMA, de fecha 7 de junio del 2018, por el que se rechaza la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio de atención y soporte a usuarios prestada por la dirección de tecnología de la información para IFEMA, Feria de Madrid”, número de expediente: 18/099-2000013302, por incompetencia del Tribunal.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, 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.