

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

En Madrid, a 2 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por don V.T.N., en nombre y representación de SDMO Industries Ibérica, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras y Contratación de IFEMA, por el que se rechaza la oferta de la recurrente de la licitación del contrato “Suministro, montaje e instalación de cuatro grupos de emergencia y cuadros de control en la planta térmica de IFEMA”, número de expediente 17/116-4000000535, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La Institución Ferial de Madrid (IFEMA) convocó procedimiento para la contratación del suministro, montaje e instalación de 4 grupos de emergencia y cuadros de control en la planta térmica, a cuyo efecto se aprobó el correspondiente Pliego de Bases.

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 24 de octubre, por SDMO Industries Ibérica, S.A., se ha interpuesto ante este Tribunal recurso denominado 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 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, se remitiera el expediente y el informe preceptivo, lo que se verificó el día 26 de octubre.

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 40 TRLCSP dispone:

“Artículo 40. Recurso especial en materia de contratación: Actos recurribles.

1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las 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.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 192 del TRLCSP para la contratación de las entidades que no tienen el carácter de poder adjudicador, la misma 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.

Según las instrucciones internas de contratación de que se ha dotado IFEMA la instrucción octava, *in fine*, indica lo siguiente:

“Contra los acuerdos de adjudicación y de exclusión de la licitación, los interesados podrán interponer recurso ante el órgano de contratación correspondiente, que no suspenderá la prosecución de las actuaciones contractuales. Contra la decisión de dicho recurso podrán acceder a la jurisdicción civil competente de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del TRLCSP”.

El propio Pliego de Bases que rige la licitación establece:

“40.- Régimen jurídico del contrato.-

Toda controversia que surja entre las partes en relación con la preparación, adjudicación, cumplimiento, efectos y extinción del contrato, corresponderá conocerla a la jurisdicción civil conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público. Los licitadores, por el hecho de presentar sus ofertas, se someten expresamente a los juzgados y Tribunales de Madrid capital, con renuncia al fuero que pudiera corresponderles.

41.- Normas aplicables.-

En todo lo no previsto en este pliego de condiciones se estará a lo dispuesto en las Instrucciones Internas de Contratación incluidas en el Perfil del Contratante y por las normas de derecho privado que resulten de aplicación”.

De acuerdo con lo anterior los actos de IFEMA, en principio, no son susceptibles de recurso especial. Por tanto procede, en primer lugar, determinar la procedencia del recurso especial en materia de contratación y por ende la competencia de este Tribunal para resolver sobre el mismo, a la vista de lo alegado por la entidad contratante. En definitiva se trata de dilucidar si IFEMA, tiene la consideración de poder adjudicador o se encuadra en el bloque de “resto del sector público” definido en el TRLCSP.

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 y 265/2017, de 27 de septiembre.

El artículo 3 del TRLCSP establece:

“Ámbito subjetivo.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados 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 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.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

El artículo 3 del TRLCSP, delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley en tres grados de intensidad, (aplicación íntegra, sujeción de menor intensidad y sujeción residual) con una técnica compleja. Así en su apartado 2, relaciona aquellos entes, organismos y entidades que dentro del sector público tendrán la consideración de Administraciones Públicas, en su apartado 3 cuáles se consideran poderes adjudicadores, y el resto comprendido en el apartado 1 junto con los anteriores, como categoría residual, en la que se integran los sujetos que no ostentan la condición de Administración ni de poder adjudicador. La inclusión de cada sujeto en una u otra categoría no es baladí porque de ello depende el grado de sujeción a la normativa en materia de contratación pública, siendo así que los entes que no ostentan la condición de administración pública ni de poder adjudicador, de acuerdo con lo establecido en el artículo 192 del TRLCSP, solo deberán ajustarse en

la adjudicación a los principios que rigen la contratación pública con el objeto de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

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 concurren 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 Adolfo 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.

Por tanto, a juicio de este Tribunal ya confirmado 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, IFEMA aunque satisface un interés público ostenta una finalidad mercantil o industrial, por lo que no cumple 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 cabe citar 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.

Procede por ello la inadmisión de este recurso al no ser este Tribunal competente para su conocimiento.

En su virtud al amparo de lo establecido en el 41 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 V.T.N., en nombre y representación de SDMO Industries Ibérica, S.A., contra el Acuerdo de la Comisión de Compras y Contratación de IFEMA, por el que se rechaza la oferta de la recurrente de la licitación del contrato “Suministro, montaje e instalación de cuatro grupos de emergencia y cuadros de control en la planta térmica de IFEMA”, número de expediente 17/116-4000000535.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.