

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por don A.E.Q. , en nombre y representación de Compañía de Seguridad Omega S.A. (en adelante Omega), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid S.A. (Mercamadrid) de fecha 30 de noviembre de 2018 por el que se excluye la oferta de la recurrente de la licitación al contrato de servicios “Seguridad y Vigilancia en las instalaciones de la unidad alimentaria de Mercamadrid” número de expediente: PC-MER/2018/00019-ORD, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La sociedad anónima municipal Mercamadrid convocó el 14 de noviembre de 2018 procedimiento para la contratación del servicio de “Seguridad y Vigilancia en las instalaciones de la unidad alimentaria de Mercamadrid” a cuyo efecto se aprobó el correspondiente Pliego de Bases.

El valor estimado del contrato es de 3.358.447,17 euros.

El plazo de presentación de ofertas se extendía hasta las doce horas del día 30 de noviembre de 2018.

Con fecha 30 de noviembre de 2018, la Mesa de contratación de Mercamadrid notifica a Omega, la exclusión de su oferta a la licitación al haber sido presentada, electrónicamente, a las doce horas y tres minutos, es decir, excediendo el plazo máximo de licitación.

Segundo.- Con fecha 30 de noviembre de 2018, por Omega, se ha interpuesto ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación.

El 5 de diciembre el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- 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 (...).”

A fin de determinar la naturaleza de la entidad contratante y en concreto si ostenta la condición de poder adjudicador deben utilizarse los parámetros que marca el art. 3.3.d) de la LCSP.

De acuerdo con lo establecido en dicho artículo 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”.

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

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

Invoca la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid en el Recurso nº 744/2016, por el que se anula la Resolución nº 125/2016 de este Tribunal, añadiendo que la entrada en vigor de la LCSP en nada cambian los presupuestos de derecho esgrimidos en dicha sentencia.

La sentencia del TSJ de Madrid citada que tomando como precedente y guía la Resolución nº 204/2017 del TACRC, de 24 de febrero considera que *“aunque la creación de Mercavalencia a mediados de los años 60 del pasado siglo tuviera inicialmente un componente evidente de cobertura de una necesidad de interés general en un momento en que el mercado mayorista de alimentos no estaba muy desarrollado, debiéndose promover la libre competencia y asegurar las garantías sanitarias de los alimentos bajo estrecha supervisión pública, en la actualidad las garantías sanitarias se encuentran generalizadas en todos los canales de distribución mayorista, más diversificados y en los que no se produce una situación de monopolio u oligopolio. Por lo tanto, el mantenimiento de unas instalaciones en las que los mayoristas privados puedan desarrollar con garantías sus operaciones de intercambio no es, en la actualidad, una actividad ni reservada normativamente a las Administraciones Públicas Locales ni de obligada prestación por ellas, y el matiz de necesidad de interés general por ausencia de actividad privada ha disminuido*

notablemente su intensidad (...); y de otro lado, con relación a si dichas necesidades de interés general, que en el pasado originaron la creación de “*Mercavalencia*”, tienen carácter industrial o mercantil, se concluye que “*teniendo en cuenta que se trata de una sociedad mercantil, que las actividades que realiza son propias del comercio, que según datos públicos obtuvo 1,8 millones de euros de beneficio en 2015, y no consta que se establezcan en sus Estatutos mecanismos automáticos a cargo del erario público por los que no deba soportar eventuales pérdidas de explotación de manera diferente a como lo hacen otras sociedades privadas que operan en este mercado (bienes y servicios para que los mayoristas de alimentación privados puedan desarrollar sus actividades mercantiles) (...) Pues bien, razones de unidad de criterio y seguridad jurídica han de imponer la misma solución en el caso que nos ocupa, dadas las semejanzas con el supuesto analizado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, lo que conlleva la estimación del presente recurso en orden a la anulación de la Resolución del **Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid** ahora impugnada y su sustitución por la declaración de inadmisión del recurso especial a que remite, según la primera pretensión de la entidad actora, lo que hace innecesario entrar a conocer del resto de sus alegaciones*”.

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 Mercamadrid 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 ello Mercamadrid ha aprobado las nuevas instrucciones internas que en el apartado II indica lo siguiente:

- a. Los contratos celebrados por Mercamadrid de acuerdo con las presentes instrucciones serán considerados contratos privados de acuerdo con el artículo 26.1 c) de la LCSP.

- e. Las actuaciones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos se podrán impugnar 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 Área de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid al que se encuentre vinculada o adscrita la Empresa Mixta en cada momento, de acuerdo con el artículo 321.5 de la LCSP, indicándose en cada notificación recurrible.

Tanto las actuaciones relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, como las resoluciones que se dicten por el Titular del Área de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid al que se encuentre vinculada o adscrita la Empresa Mixta en cada momento, que resuelvan los recursos señalados en el párrafo anterior, serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con jurisdicción en Madrid Capital, de acuerdo con el artículo 27.1 d) y 27.1 e) de la LCSP.

En consecuencia, los actos de Mercamadrid 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 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, previa deliberación, por unanimidad, y, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso interpuesto por don A.E.Q., en nombre y representación de Compañía de Seguridad Omega S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de Mercamadrid, por el que se excluye la oferta presentada a la licitación del contrato de “Servicios de Seguridad y Vigilancia en las instalaciones de la unidad alimentaria Mercamadrid”, número de expediente: PC-MER/2018/00019-ORD, 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.