



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

Expediente 5/2017.

Asunto: Recurso especial en materia de contratación contra acuerdo de adjudicación del contrato de servicios, expediente número 15-M/2016 (Mercagranada), de limpieza, recogida, transporte, gestión y valorización de residuos y mantenimiento y limpieza de zonas ajardinadas y solares de MERCAGRANADA

Recurrente: URBASER S.A.

En Granada, a 6 de junio de 2017.

Visto el recurso interpuesto por Don G.A.S. en representación de la mercantil URBASER S.A., contra el acuerdo del órgano de contratación de MERCAGRANADA, adoptado el día 4 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato de servicios de limpieza, recogida, transporte, gestión y valorización de residuos y mantenimiento y limpieza de zonas ajardinadas y solares de MERCAGRANADA, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

I. El Consejo de Administración de la sociedad Mercagranada celebrado el día 15 de diciembre de 2016, adoptó el acuerdo de aprobar los pliegos y la licitación de los concursos para limpieza, recogida, transporte, gestión y valorización de residuos y mantenimiento y limpieza de zonas ajardinadas y solares de MERCAGRANADA.

II. Con fecha 22 de diciembre de 2016, en cumplimiento de lo dispuesto en las instrucciones de contratación de la sociedad, se publica anuncio de licitación en el perfil de contratante.

III. Con fecha 13 de febrero de 2017, se reúne la Mesa de Contratación para la apertura de las plicas de las ofertas presentadas, sobres A y B.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

IV. Con fecha 13 de marzo de 2017, se reúne la Mesa de Contratación para la apertura de las plicas de las ofertas presentadas, sobres C.

V. Con fecha 4 de abril se realiza por la Mesa de Contratación propuesta de adjudicación, tras diversos informes jurídicos y técnicos, a la oferta presentada por Fomento de Construcciones y Contratas.

VI. La Comisión Ejecutiva de Mercagranada en sesión celebrada el día 4 de abril de 2017, por adjudica el contrato de servicios de limpieza, recogida, transporte, gestión y valorización de residuos y mantenimiento y limpieza de zonas ajardinadas y solares de MERCAGRANADA, a la mercantil Fomento de Construcciones y Contratas S.A.

VII. Con fecha 2 de mayo de 2017 se anuncia al órgano de contratación, por la mercantil URBASER, la interposición de recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación.

VIII. Con fecha 9 de mayo de 2017 ha tenido entrada en el TACP recurso especial en materia de contratación formulado al amparo del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RDLvo. 3/2011, de 30 de octubre, en relación con el asunto de referencia (y entrada en el Registro General del Excmo. Ayuntamiento de Granada con fecha 4 de mayo de 2017).

IX. Requerido el expediente al órgano de contratación el 16 de mayo de 2017, se envía a este tribunal copia del mismo acompañado de informe.

X. El recurso se presenta invocando la admisibilidad del mismo al considerar a Mercagranada como poder adjudicador, de acuerdo con el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la errónea calificación del contrato como de gestión de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

servicios públicos, y se invoca la nulidad del acuerdo de adjudicación al carecer de objetividad e imparcialidad los informes emitidos que sirven de base al acuerdo de adjudicación.

XI. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada en sesión celebrada el día 18 de mayo de dos mil diecisiete, acordó poner de manifiesto al recurrente las causas para inadmitir, por incompetencia del tribunal, el presente recurso para que en el plazo de cinco días hábiles aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar.

XII. Notificado el acuerdo al recurrente, este presenta el pasado 31 de mayo de 2017 alegaciones en las que insiste en el carácter de poder adjudicador de la sociedad Mercagranada, y por tanto defiende la admisibilidad del recurso.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Las alegaciones presentadas destacan en cuanto a las condiciones exigidas por la jurisprudencia comunitaria para determinar el carácter industrial o mercantil, esto es: "opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad", lo siguiente:

Alega, tras analizar la evolución legislativa de la reserva a las Entidades Locales de determinadas actividades y servicios (Art. 86 de la Ley de Bases del Régimen Local), que aunque actualmente no existe esta reserva y no se actúa formalmente como monopolio, este existe de hecho, por cuanto no hay una competencia efectiva en el sector destacando el interés general de la actividad.

Desconoce este Tribunal el nivel de competencia en el sector mayorista de la distribución en la que se incluye la actividad de Mercagranada, en todo caso, lo que se analiza es si formalmente se dan las condiciones para considerar la actividad como mercantil en condiciones normales de mercado.

Se alega que la inexistencia de mecanismos de compensación automática de pérdidas de explotación no supone que en caso de producirse, tanto el Ayuntamiento como MERCASA, acudirían a asumirlas para garantizar la continuidad del servicio.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

Hay que destacar que no nos encontramos con un servicio público reservado u obligatorio/mínimo para el municipio, en cualquier momento el Ayuntamiento puede dejar de realizar esta actividad, y en caso de inviabilidad económica financiera de la sociedad, estaría obligado a su disolución de acuerdo a la Disposición Adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Finalmente se destaca que al ser un medio propio instrumental del Ayuntamiento de Granada ha de ser considerada como poder adjudicador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1n) del TRLCSP.

En relación a esta última alegación recordemos que el artículo 4.1n del TRLCSP declara excluidos del ámbito de la Ley los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, (es decir entidad sometida a un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios, por parte del poder adjudicador) tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante sujeta a las normas de los artículos 137.1 y 190 en determinados casos, pero no les otorga el estatuto de poder adjudicador.

SEGUNDA. Rechazadas las alegaciones presentadas procede reiterar los argumentos expuestos inicialmente por este Tribunal para declarar inadmisibles los recursos:

Con carácter previo al examen de la cuestión suscitada, es necesario precisar que entre las funciones atribuidas a éste Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada por su Reglamento aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno se encuentra, artículo 1.a) de la citada disposición administrativa:

- a) *Resolver los recursos especiales en materia de contratación regulados en el artículo 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y las cuestiones de nulidad establecidas en el artículo 37 de la referida Ley.*

En particular señala el artículo 3.2. Son impugnables:

Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.



Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

TERCERA. Analizando en primer lugar la admisibilidad del recurso hay que destacar que lo esencial en el presente caso es la determinación de la condición de la sociedad Mercagranada como poder adjudicador.

Los requisitos que, acumulativamente, deben concurrir para que una persona jurídica sea considerada poder adjudicador son los que recoge en la actualidad la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Recordemos que esta directiva es de aplicación directa en España a falta de transposición expresa desde el día 18 de abril de 2016. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva mantiene la definición en la que se basaba el Tribunal en esta materia. (véase considerando 10 de la misma)" *A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".*

El artículo 2 de la Directiva "Definiciones" establece lo siguiente:

1. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) «Poderes adjudicadores»: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. (...)

4) «Organismo de Derecho público»: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

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.

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



Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

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.”

Es evidente y claro que los apartados b y c se cumplen en el presente caso, centrándose la cuestión en el apartado a) y si el carácter industrial o mercantil existe o no. La creación de Mercagranada, según se desprende de los estatutos y acuerdos correspondientes, obedeció a la necesidad de satisfacer una necesidad de interés general demandado en su momento. La evolución de la sociedad y la economía española ha matizado estas necesidades y ha provocado cambios normativos adaptados a la nueva realidad. A este respecto destacamos la Resolución nº 0221/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que analiza la condición de poder adjudicador de Mercavalencia, la citada resolución incluye el siguiente análisis compartido por este Tribunal:

"En el caso que examinamos ahora no encontramos ante una empresa del conjunto de las que se crearon a mediados de los años 60 del pasado siglo en España, a raíz del plan de estabilización que supuso la apertura al exterior y liberalización progresiva de la economía española, que pretendían simultáneamente asegurar el abastecimiento mínimo a nivel mayorista en el mercado agroalimentario y promover una creciente competencia en el sector de la distribución, con garantías sanitarias supervisadas por la Administración Pública, estableciendo una plataforma en la que los operadores mayoristas de alimentación pudieran realizar sus actividades. Inicialmente este tipo de actividades se configuró en la legislación como una competencia no sólo propia de las entidades locales sino como de obligatoria asunción por parte de las mismas. Pero, lógicamente, la situación fue evolucionando y ahora, transcurridos más de 50 años, la situación de la economía Española tras su liberalización, integración en la UE y su internacionalización han dado lugar a que si bien la organización de mercados de estas características (las tradicionalmente denominados mercados de abastos) siga siendo una posible competencia propia municipal (artículo 25.2.i de la Ley 7/85 Reguladora de la Bases del Régimen Local), no sea obligatoria su prestación para los Ayuntamientos tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que modifica el artículo 26.1.b) de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

Se concluye que aunque en 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 ya 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."

La jurisprudencia comunitaria distingue los siguientes rasgos del carácter industrial o mercantil: "opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad". Cabe recoger aquí la postura de la Abogacía General del Estado, en su informe A.G. Ente Públicos 83/13 (R-754/2013) de 10 de septiembre de 2013, recogiendo entre otros el fundado criterio del Consejo de Estado para casos análogos, concluye que MERCASA no es poder adjudicador con base en los siguientes argumentos: "*Expuestos los criterios legales y jurisprudenciales que permiten diferenciar los conceptos de poder adjudicador y de poder no adjudicador, procede examinar en cuál de dichas categorías jurídicas se ha de considerar incluida la sociedad estatal MERCASA. El artículo 2 del Decreto 975/1966, de 7 de abril, por el que se autorizó la constitución de MERCASA, establece que su objeto social "será la construcción e instalación de mercados centrales dotados de depósito, tipificación y lonja, explotación y gestión de los construidos e instalados, así como contribuir con su actuación al mejoramiento del ciclo de comercialización de los artículos alimenticios, con facultades para la realización de estos objetivos, no sólo de forma directa, sino mediante la constitución de sociedades mixtas con Corporaciones Públicas y con particulares". En su parte expositiva, el Decreto 975/1966*



Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

destaca la finalidad perseguida por MERCASA ("mejorar el abastecimiento y su red de distribución e impedir prácticas restrictivas de la competencia") y las razones que aconsejan que la misma adopte la forma de empresa privada ("proporcionar la necesaria agilidad dada la función marcadamente comercial a realizar"), siendo así que la entonces vigente Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (LEEA) configuraba las empresas nacionales (condición que reúne MERCASA) como "aquéllas creadas por e/ Estado... para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transporte u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas". Así las cosas, resulta indudable que MERCASA se constituyó para satisfacer necesidades de interés general (mejorar el abastecimiento de productos alimenticios y su red de distribución e impedir prácticas restrictivas de la competencia), con forma jurídica de empresa nacional cuyo objeto (construcción e instalación de mercados centrales dotados de depósito, tipificación y lonja, explotación y gestión de los construidos e instalados, y contribución con su actuación al mejoramiento del ciclo de comercialización de los artículos alimenticios) tiene naturaleza eminentemente comercial. Y es este carácter comercial, mercantil o industrial de la actividad del ente del sector público de que se trate el que resulta determinante para establecer su carácter de poder adjudicador o no adjudicador. Así lo ha declarado este Centro Directivo en anteriores ocasiones, aplicando la doctrina establecida en este punto por el Consejo de Estado, como Supremo Órgano Consultivo (artículo 107 de la Constitución). "

Analizado el presente caso, Mercagranada desarrolla una actividad mercantil recogida en sus estatutos (artículo 2) y que se plasma en las cuentas de resultados y no consta que se establezcan en sus Estatutos mecanismos automáticos a cargo del erario público de pérdidas de explotación. Por tanto, al exigirse acumulativamente los tres requisitos fijados en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, no ha de considerarse a Mercagranada como poder adjudicador.

Si es de aplicación lo dispuesto por el artículo 192 del TRLCSP, y a tal efecto la sociedad tiene aprobadas sus propias instrucciones internas de contratación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE GRANADA

Referencia: 5/2017 TAC

Expediente servicios número 15-M/2016.MERCAGRANADA

DICTAMEN

CUARTA. El artículo quinto del Reglamento de funcionamiento del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada dispone en su apartado c) , punto 4 que el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Granada, a la vista del expediente administrativo, podrá declarar la inadmisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

- a) **La incompetencia del Tribunal.**
- b) La falta de legitimación del recurrente.
- c) Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
- d) Haber finalizado el plazo de interposición del recurso.

VISTOS los preceptos legales de aplicación, **ESTE TRIBUNAL**, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. inadmitir, por incompetencia del tribunal, el recurso interpuesto por la representación de la mercantil URBASER S.A., contra el acuerdo del órgano de contratación de MERCAGRANADA, adoptado el día 4 de abril de 2017, por el que se adjudica el contrato de servicios de limpieza, recogida, transporte, gestión y valorización de residuos y mantenimiento y limpieza de zonas ajardinadas y solares de MERCAGRANADA.