

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera
C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.00.3-2016/0016449



(01) 31238647993

Recurso nº 744/2.016

Ponente Sr. Lescure Ceñal

Recurrente: "Mercamadrid, S.A." (Proc. D. Federico Pinilla Romeo)

Demandadas: "OHL Servicios-Ingesan, S.A." y "Recolte, Servicios
Medioambientales, S.A.U."
"Urbaser, S.A."

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SENTENCIA NÚM. 398 .

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. Pilar Maldonado Muñoz

D^a. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a veinticinco de Octubre

del año dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 744/16 formulado por el Procurador D. Federico Pinilla Romeo en nombre y representación de "MERCAMADRID, S.A.", contra Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 30 de Junio de 2.016 estimatoria de recurso especial en materia de contratación respecto de adjudicación de contrato de servicios; habiendo sido partes demandadas de un lado "OHL SERVICIOS-INGESAN, S.A." y "RECOLTE, SERVICIOS

MEDIOAMBIENTALES, S.A.U.", y de otro lado "URBASER, S.A.", sin personación procesal de ninguna de ellas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, despachó, en el momento oportuno el trámite correspondiente de demanda, en cuyo escrito, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicó la anulación del acto objeto de impugnación, en los términos que figuran en aquél.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 25 de Octubre de 2.017.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gustavo Lescure Ceñal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la mercantil “Mercamadrid, S.A.” se impugna la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP) nº 125/2.016 de 30 de Junio que estima el recurso especial en materia de contratación nº 118/2.016 de las mercantiles “OHL Servicios-Ingesan, S.A.” y “Recolte, Servicios Medioambientales, S.A.U.”, licitadoras en compromiso de U.T.E., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de “Mercamadrid, S.A.” de 20/05/2.016 por el que se adjudica a la mercantil “Urbaser, S.A.” la contratación de los servicios de “recogida selectiva de residuos en la Unidad Alimentaria de Mercamadrid, limpieza viaria y recogida de residuos de las plataforma alta y servicios de mantenimiento de la jardinería de Mercamadrid y del Parque Urbano y demás zonas ajardinadas de la ampliación de Mercamadrid”.

Tal resolución anula la adjudicación del contrato y todo el procedimiento de licitación, ordenando su reinicio, de continuar la necesidad, con sometimiento del mismo a las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, considerando que la naturaleza de la Empresa Pública “Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A.” (Mercamadrid) es de poder adjudicador no Administración Pública, según el artículo 3.3.b) del TRLCSP, por lo que sus contratos pueden ser objeto de recurso especial en materia de contratación, y razonando sobre el fondo lo siguiente:

“(...) En cuanto a los motivos del recurso debe analizarse en primer lugar la solicitud de nulidad de todo el procedimiento alegada por los recurrentes, al no ajustarse a la tramitación del procedimiento a lo establecido en el TRLCSP.

Mercamadrid opone que se trataría en todo caso de una impugnación extemporánea de los Pliegos y por tanto debería inadmitirse.

Nos encontramos ante una cuestión de orden público procesal puesto que la consideración de Mercamadrid como poder adjudicador implica que el procedimiento de licitación debería haber seguido las reglas establecidas en el TRLCSP, incluidas las de publicidad obligatoria, ya que se trata de un contrato

armonizado, y no se ha hecho así. De tal manera que no cabe otra conclusión que la de considerar que existe nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento, que deberá reiniciarse de nuevo, si existe la necesidad, elaborando nuevos pliegos sometidos a las reglas del TRLCSP y procediendo a una nueva convocatoria con los requisitos de publicidad y concurrencia establecidos para los contratos sometidos a regularización armonizada.

(...)

Si bien las recurrentes invocan en primer lugar la nulidad del procedimiento, a continuación impugnan la aplicación de los Pliegos, tal y como se publicaron, alegando falta de transparencia y arbitrariedad en la actuación, argumentando que no se ha respetado la separación de las fases de la licitación y que no hay constancia de que el informe y las puntuaciones otorgadas en aplicación de los criterios sometidos a juicio de valor, se hayan realizado con anterioridad a la apertura de las proposiciones económica.

(...) Constata el Tribunal que el informe técnico y el cuadro de valoración que forman parte del expediente administrativo, no tienen fecha ni el nombre de los técnicos firmantes del mismo, que solo incluyen la rúbrica, por lo que en todo caso no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Evidentemente, un mensaje de WhatsApp en un procedimiento administrativo no tiene ningún valor probatorio.

Por lo tanto, aún en el hipotético supuesto de no haber declarado el Tribunal la nulidad de todo el procedimiento, la estimación de este motivo de recurso hubiera llevado a la misma conclusión, pues la no constancia de haber respetado la separación de las fases de la licitación, al no ser posible retrotraer el procedimiento, implica la nulidad del mismo.

En consecuencia, el recurso debe estimarse también por este motivo”.

SEGUNDO.- “Mercamadrid, S.A.” solicita la anulación de la resolución del TACP recurrida articulando los motivos de impugnación que se sintetizan en los siguientes términos: que la recurrente no es poder adjudicador previsto en el artículo 3.3.b) del

TRLCSF sino sector público (residual) a efectos de contratación, conforme al artículo 3.1.d) del mismo Texto Refundido, por lo que debe aplicarse su artículo 192 y no los artículos 189 a 191; que el recurso especial en materia de contratación debió ser inadmitido porque según el artículo 40.1 del TRLCSF solo cabe respecto a contratos de Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, que no es el caso de la recurrente; que el recurso especial debió ser rechazado por haber sido consentida la convocatoria contractual por la parte que interpuso el recurso especial, que únicamente impugnó el acto de adjudicación final del contrato; y que aun en el caso de que "Mercamadrid, S.A." fuera poder adjudicador y de que el recurso especial de contratación hubiera sido correctamente admitido, la convocatoria no infringe las reglas aplicables a los poderes adjudicadores, y en concreto el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2.009 a que remite el TACP, ya que el TACP consideró que la puntuación dependiente de juicio valor (la discrecional) no se dio a conocer antes de la apertura del sobre en que se contenía la oferta a valorar de manera matemática o reglada, y sin embargo la cláusula 17 del pliego del contrato de referencia, en uso de la facultad que permite aquel precepto, no preveía esa puesta en conocimiento previo de la puntuación discrecional.

Ni las partes empresariales que interpusieron el recurso especial de contratación ni la mercantil que resultó adjudicataria del contrato han contestado a la demanda al no haberse personado en autos.

TERCERO.- Dados los términos del debate litigioso la primera cuestión a resolver gira en torno a la consideración o no de "Mercamadrid, S.A." como poder adjudicador, pues de ello deriva la admisibilidad o no del recurso especial en materia de contratación cuya resolución nos ocupa, por cuanto que el artículo 40.1 del Real Decreto Legislativo 3/2.011, de 14 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, determina que tal recurso especial, previo a la interposición del contencioso-administrativo, cabe contra (a) los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, (b) los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa

o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, y (c) los acuerdos de adjudicación, cuando se refieran a los contratos recogidos en el precepto que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

El artículo 3.3.b) del mismo TRLCSP, que según la resolución del TACP es aplicable a "Mercamadrid, S.A.", determina la consideración de poderes adjudicadores respecto de "Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) [Administraciones Públicas] 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".

La consideración o no de poder adjudicador tiene relevancia en cuanto al régimen aplicable a la adjudicación de sus contratos.

Así, los artículos 189, 190 y 191 del TRLCSP regulan la adjudicación por parte de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, distinguiendo entre adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada (artículo 190) y adjudicación de contratos que no estén sujetos a regularización armonizada (artículo 191).

Por su parte, el artículo 192 establece:

"1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

2. La adjudicación de los contratos deberá efectuarse de forma que recaiga en la oferta económicamente más ventajosa.

3. En las instrucciones internas en materia de contratación que se aprueben por estas entidades se dispondrá lo necesario para asegurar la efectividad de los principios enunciados en el apartado 1 de este artículo y la directriz establecida en el apartado 2. Estas instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, estas instrucciones deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la correspondiente entidad”.

Desde estas premisas, consta aportada a los autos por la entidad recurrente una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 24/02/2017, dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que inadmite el recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a acuerdo de la Dirección de “Mercavalencia” con relación a contrato de servicio de limpieza de sus instalaciones.

Tal Resolución deviene relevante por cuanto que excluye la condición de poder adjudicador respecto de una entidad (“Mercavalencia”) semejante en cuanto a su estructura, funcionamiento y objeto a “Mercamadrid”, y con relación a un contrato análogo al adjudicado por ésta, de modo que resultan extrapolables a la entidad hoy actora las consideraciones de tal precedente resolución sobre el cumplimiento o no de los dos requisitos para ser considerado poder adjudicador: de un lado, respecto de la creación específica para satisfacer necesidades de interés general, el TACRC concluye 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)”.

La reseñada Resolución del TACRC finaliza con los siguientes términos:

“En consecuencia, se concluye que Mercavalencia no tiene la condición de poder adjudicador, sin perjuicio del obligado respeto a los principios que se establecen en artículo 192 del TRLCSP.

A estos efectos, interesa señalar que sin perjuicio de la complejidad que supone determinar la condición de poder adjudicador o no de Mercavalencia, aun cuando la citada mercantil pudiera tener la condición de medio propio instrumental del Ayuntamiento de Valencia, lo cual no implica necesariamente que por ello sea poder adjudicador, lo cierto es que el contrato de ahora se impugna está relacionado con la propia actividad de Mercavalencia, lo que, a mayor abundamiento, incide en la no admisión del recurso ahora interpuesto.

Los actos impugnados no han sido emitidos, pues, por un poder adjudicador, por lo que el recurso debe ser inadmitido, sin perjuicio del derecho de la recurrente a acudir ante la jurisdicción civil, en su caso”.

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.

CUARTO.- No procede pronunciamiento alguno sobre las costas ante la falta de personación procesal de las partes demandadas.

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS

Que ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo de “Mercamadrid, S.A.” y anulando la resolución reseñada en el encabezamiento de esta sentencia, declaramos la inadmisión del recurso especial en materia de contratación a que remite, sin pronunciamiento sobre las costas procesales.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-

85-0744-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0744-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.