



Recurso nº 213/2015

Resolución nº 310/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 10 de abril de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. L.A.A., en nombre y representación de BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIÓN S.A.U. (en adelante BT ESPAÑA), contra la resolución del presidente de INECO por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato de los lotes nº 3, 5 ,6 y 7 relativos al contrato “Servicios de Transformación, Mantenimiento y Soporte de Tecnologías de la Información Expediente 20140731-00637”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La sociedad mercantil estatal INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE S.A. (en adelante INECO), convocó mediante anuncio publicado en la plataforma de contratación del Estado y en su página web (perfil del contratante) el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios “Servicios de Transformación, Mantenimiento y Soporte de Tecnologías de la Información Expediente 20140731-00637” realizando la licitación por lotes.

Segundo. En fecha 27 de febrero de 2015, el presidente de INECO, como órgano de contratación, dicta resolución por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato de los lotes nº 3, 5, 6 y 7 relativos al contrato de servicios antes referido.

La resolución de renuncia se publicó en la página web de INECO en fecha 4 de marzo de 2005. En idéntica fecha se notificó la renuncia a la celebración del contrato en relación con los lotes 3, 5, 6 y 7 a la aquí recurrente BT ESPAÑA en su condición de licitadora al haber presentado oferta técnica y económica para el lote 3.

Tercero. En fecha 4 de marzo de 2015 tiene entrada en el registro del órgano de contratación escrito presentado por D. L. A. A. anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de renuncia a la celebración del contrato relativo al lote nº 3. Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de este Tribunal de 17 de marzo de 2015, se interpone el recurso especial en materia de contratación previamente anunciado.

El órgano de contratación, en fecha 24 de marzo de 2015, ha emitido informe en el que solicita, en síntesis, la inadmisión del recurso especial en materia de contratación presentado por *“incompetencia del Tribunal para conocer este asunto”* o, subsidiariamente, la desestimación del mismo por ser *“ajustada a Derecho la renuncia a la celebración del contrato”*.

Cuarto. En fecha 31 de marzo de 2015 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida provisional solicitada por el recurrente consistente en que la documentación que obraba en poder del órgano de contratación se custodiara debidamente por parte del mismo y no se destruyera ni devolviera hasta la resolución del recurso, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Como cuestión previa y determinante de la admisión del presente recurso especial en materia de contratación, debemos analizar la competencia del Tribunal para conocer del recurso que nos ocupa, atendiendo a la naturaleza jurídica del órgano de contratación.

El artículo 40.1 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 (en adelante TRLCSP), señala que *“ 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 (...)**”*.

La cuestión estriba, pues, en determinar si la entidad INECO ostenta la condición de poder adjudicador.

En relación con este aspecto la parte recurrente, BT ESPAÑA, se limita a afirmar, para sostener la competencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que la sociedad mercantil estatal INECO S.A. es un poder adjudicador.

Por su parte, el órgano de contratación informa que *“INECO es una sociedad mercantil estatal de capital íntegramente público que, conforme a lo establecido en el artículo 3 del TRLCSP, forma parte del sector público pero no tiene la consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador. Así lo ha entendido la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en su informe nº 3098/2007”*.

Segundo. INECO se configura como una sociedad mercantil estatal de capital íntegramente público, dependiente del Ministerio de Fomento. Así resulta del informe remitido por el órgano de contratación y de la información institucional publicada en su página web.

Como tal sociedad mercantil cuyo capital social es 100 por 100 público, forma parte del sector público a los efectos del TRLCSP. En este sentido, debe recordarse que el artículo 3.1 del TRLCSP, relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la ley, señala que

“A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.”

No obstante, a los efectos de determinar si la citada sociedad debe ser considerada o no como poder adjudicador, debe acudirse a lo dispuesto en el apartado 3.b) del mismo artículo que señala lo siguiente:

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

*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.”*

Llegados a este punto, resulta oportuno traer a colación lo acordado por este Tribunal en la resolución del **Recurso nº 300/2013** en la que se indicó lo siguiente:

“La primera cuestión que ha de abordarse es si el acto ha sido dictado por un poder adjudicador, y en segundo término, para el caso de que así sea, si es susceptible de recurso. La resolución de este Tribunal número 240/2011 ya examinó los requisitos que deben apreciarse para que una entidad sea considerada poder adjudicador: “A tal fin, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, según el cual se considerarán poderes adjudicadores “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”. (...)”

La circunstancia verdaderamente relevante, tal como se ha significado anteriormente, para la consideración o no de una entidad como poder adjudicador es su creación para satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil. (...) Dicho concepto “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” que utiliza la Ley de Contratos del Sector Público está

tomado de las Directivas europeas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (1993/37 y 2004/18) y ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversas ocasiones (entre otras, 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 C260/99; *Irish Forestry Board* de 17 de diciembre de 1998, C353/96; *SIEPSA* de 16 de octubre de 2003, C-283/00...), señalando **que son aquellas necesidades 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 satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante**. Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, 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. Habida cuenta de los criterios mencionados y aplicados para determinar la concurrencia o no de la condición de poder adjudicador en los entes, entidades y organismos correspondientes, procede examinar si las necesidades de interés general que el Hipódromo de la Zarzuela S.A está llamada a satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil, en el bien entendido que el carácter industrial o mercantil se predica no de las actuaciones mediante las cuales se satisfacen las necesidades, sino de las propias necesidades para cuya consecución o satisfacción se crea la entidad.”

Por tanto, para que una sociedad mercantil estatal pueda ser considerada como poder adjudicador es preciso que la misma persiga la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, lo que no parece acontecer en el caso que nos ocupa.

En efecto, atendiendo a los estatutos de INECO (publicados en la página web de la entidad) el objeto social de la misma es el siguiente:

“ La sociedad tiene por objeto la prestación de servicios y realización de estudios de consultoría, proyectos de ingeniería, asistencia técnica y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, la planificación, mantenimiento y gestión de infraestructuras, superestructuras, material y servicio de transporte, así como la prestación de idénticos servicios en relación con infraestructuras de carácter social como son efectos enunciativos que no limitativos, hospitales, colegios y viviendas y para toda clase de entidades, empresas o personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. La sociedad se podrá ocupar también de las técnicas conexas de energía, telecomunicaciones, señalización, medioambientales, de arquitectura y edificación, de urbanismo y ordenación del territorio, de estructuras en general, geotecnia, ejecución de obras, ingeniería de sistemas y servicios de la sociedad de la información y cuantas prácticas se precisen para la gestión integral de proyectos.

Además, en materia de carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos y aeronáutica, actividades logísticas y concesiones administrativas se ocupará de la investigación y desarrollo de los medios, equipos, procedimientos, aplicaciones, tecnologías y normativa, así como de la gestión, gerencia y explotación de todas aquellas actividades relacionadas con el transporte y su economía en todas sus componentes y manifestaciones.”

Pues bien, examinado el objeto social de la entidad, este Tribunal debe coincidir con el criterio manifestado por la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento en el informe de 28 de enero de 2008 (que se aporta junto con el informe emitido por el órgano de contratación) en el que se concluye que INECO es una sociedad estatal que persigue fines de interés general de carácter netamente mercantil o industrial y que, en consecuencia, no puede ser calificada como poder adjudicador.

En este sentido, debemos transcribir parcialmente el contenido del citado informe en el que, para fundamentar que INECO realiza una actividad de interés general pero no netamente mercantil, se remite al informe nº 287/06 de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento que indica lo siguiente:

“Visto su objeto social y siguiendo los criterios recogidos en la STJCE de 16 de octubre de 2003 (caso SIEPSA), observamos cómo no se puede calificar la actividad de INECO como de interés público no mercantil ni industrial dado que:

- 1) sus servicios se prestan en un marco de mercado, compitiendo con otras sociedades del sector.*
- 2) ostenta un claro ánimo de lucro como objetivo principal*
- 3) asume los riesgos derivados de su actividad y;*
- 4) tiene escasa relevancia la eventual financiación pública, al nutrirse de sus propios resultados”*

Tercero. La anterior conclusión determina que, no ostentando la sociedad anónima estatal INECO la condición de poder adjudicador, los contratos celebrados por esta sociedad no podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del TRLCSP nos encontramos en presencia de un contrato privado siendo el orden jurisdiccional civil el competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación del mismo (art. 21.2).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. L.A.A., en nombre y representación de BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIÓN S.A.U. (en adelante BT ESPAÑA), contra la resolución del presidente de INECO por la que se acuerda la renuncia a la celebración del contrato de los lotes nº 3,5,6 y 7 relativos al contrato “Servicios de Transformación, Mantenimiento y Soporte de Tecnologías de la Información Expediente 20140731-00637”, al tratarse de una licitación de una sociedad mercantil que no ostenta la condición de poder adjudicador.

Segundo. Levantar la suspensión acordada, según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.