



**Recurso nº 1214/2016 C. Valenciana 222/2016**

**Resolución nº 204/2017**

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2017

**VISTO** el recurso interpuesto por D. G.V.P., en representación de FERROSER SEVICIOS AUXILIARES S.A., contra la decisión de la Dirección de MERCAVALENCIA de fecha 1 de diciembre de 2016 por la que se acuerda no admitir a la empresa recurrente como licitadora del “*contrato de servicio de limpieza del matadero, sala de despiece, oficina y depuradora de MERCAVALENCIA*”, con un valor estimado de 2.048.231 €, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El día 21 de octubre de 2016 MERCAVALENCIA publicó en su página web [www.mercavalencia.es](http://www.mercavalencia.es) el anuncio por el que solicitaba ofertas vinculantes para contratar el servicio de limpieza del matadero, sala de despiece, oficinas y depuradoras. El plazo máximo de recepción de ofertas se fijó para el día 25 de noviembre de 2016 a las 13:00 horas. La contratación habría de regirse por el pliego de cláusulas particulares (PCP) y pliego de condiciones técnicas (PCT) que se incluyen en el expediente y seguir las instrucciones internas de contratación de MERCAVALENCIA conforme a lo previsto en el artículo 192 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

**Segundo.** Dentro del plazo fijado presentaron ofertas las siguientes empresas:

- ACCIONA FACILITY SERVICES
- ILUNION LIMPIEZA Y MEDIOAMBIENTE
- GRUPO EULEN



- ISS SOLUCIONES DE LIMPIEZA DIRECT
- MONDOLIMP ESPAÑA HIGIENE INDUSTRIAL
- FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A
- INTERACTIVA IBERGEST
- GESLIM LIA
- SERVEIS INTEGRALS LA FUENTE, S.L.

**Tercero.** El 25 de noviembre de 2016 se constituyó la mesa de contratación para la comprobación de las ofertas presentadas. Del examen de la documentación administrativa, se acordó requerir, entre otras, a la sociedad recurrente a fin de que aportase determinada documentación. Así, se requiere a FERROSER SERVICIOS AUXILIARES, S.A (en adelante, FERROSER) lo siguiente:

- o *“Solvencia profesional o técnica: los servicios tienen que ser similares a los que son objeto de contratación (sector de la agroalimentación). Según lo solicitado en el pliego:*

*8.2. Solvencia profesional o técnica.*

*a) Haber contratado en los últimos 5 años, al menos en 4 ocasiones servicios cualitativa y cuantitativamente similares a los que son objeto de contratación.*

- o *Testimonio notarial de DNI de quien firme la proposición y copia autorizada de la escritura de apoderamiento y de los estatutos sociales.”*

**Cuarto.** En la reunión de la mesa de contratación de 1 de diciembre de 2016 se revisa la documentación recibida, decidiendo excluir del procedimiento a cuatro empresas, entre las que se encuentra la ahora recurrente.

Mediante correo electrónico de la misma fecha se le notifica esta decisión a la recurrente, aclarando que no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica, en los términos siguientes: *“Tras revisar la documentación que les fue requerida, hemos comprobado que no cumple con la solvencia profesional o técnica por cuanto no se ha*



*acreditado haber realizado servicios similares al objeto del contrato de licitación. Por cuanto se requería haber realizado servicios de limpieza en matadero y sala de despiece”.*

**Quinto.** El día 22 de diciembre de 2016 se efectúa anuncio previo del recurso mediante correo electrónico dirigido a MERCAVALENCIA. El mismo día se presentó recurso ante este Tribunal.

**Sexto.** Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores en fecha 10 de enero de 2017 a fin de que puedan formular las alegaciones y aportaran los documentos que tuvieran por conveniente, habiendo ejercitado su derecho la empresa SERVEIS INTEGRALS LA FUENTE, S.L., la cual solicita la nulidad del procedimiento.

**Séptimo.** Con fecha 12 de enero de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** De acuerdo con el artículo 41.3 de Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana el 10 de abril de 2013, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 17 de abril de 2013 este Tribunal es competente para conocer del Recurso Especial en Materia de Contratación, interpuesto por la parte recurrente.

**Segundo.** De acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP la entidad recurrente, en cuanto licitadora, se encuentra legitimada activamente para la interposición de este recurso.

**Tercero.** Los acuerdos de exclusión de licitadores son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 40 apartado 2.b) en relación con el artículo 40.1.a) del TRLCSP. Pero para ello deben haber sido emitidos por “(...) *Administraciones*



*Públicas y las entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores” (art. 40.1. TRLCSP, encabezamiento, in fine).*

Es precisamente la condición o no de poder adjudicador de MERCAVALENCIA lo primero que se discute en este recurso. Ello obliga al análisis preliminar de esta cuestión.

Ambas partes están de acuerdo en que los requisitos que deben concurrir para que una persona jurídica sea considerada poder adjudicador son los que establece en la actualidad la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que es de aplicación directa a falta de trasposición expresa desde el día 18 de abril de 2016, sin perjuicio de que se complete con la normativa que incluye el artículo 3.3 del TRLCSP preexistente a aquella.

La citada Directiva aclara en su considerando 10 que:

*“(10) El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación racione personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. 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.*

*De modo similar, la condición relativa al origen de la financiación del organismo considerado también ha sido examinada en la jurisprudencia, que ha precisado, entre otros aspectos, que la financiación «en su mayor parte» significa «en más de la mitad» y que dicha*



*financiación puede incluir pagos procedentes de usuarios que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público.”*

Señalando en su artículo 2 “Definiciones”:

*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, 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.”*

Por su parte, el TRLCSP dispone en el apartado 3 de su artículo 3 “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.”*

Ambas partes están de acuerdo en que MERCAVALENCIA goza de personalidad jurídica propia, y que El Ayuntamiento de Valencia –titular del 51% de las acciones- y MERCASA – Sociedad Pública Estatal, titular del restante 49%, participada a su vez por el Ministerio de Agricultura y por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)- son titulares de su capital y tienen en sus manos la designación de sus órganos de administración, dirección y vigilancia, así como el control de su gestión.

Sin embargo, mientras la recurrente defiende que MERCAVALENCIA ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, la propia MERCAVALENCIA defiende lo contrario.

Esto centra la cuestión en determinar si MERCAVALENCIA:

a) De un lado, la creación de MERCAVALENCIA respondió “específicamente” para “satisfacer necesidades de interés general”.

b) En caso afirmativo, si tales necesidades “no tienen carácter industrial o mercantil”.

Debe recordarse que la Directiva vigente considera, recogiendo la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99 y de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01, entre otras) , que hay indicios de la existencia de actividad industrial o mercantil cuando el organismo “(...) opera en



*condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad”.*

A tal efecto la empresa recurrente fundamenta el cumplimiento de este requisito – su creación para satisfacer necesidades de interés general - en una mención de la Memoria del ejercicio de 2015 (disponible en [http://www.mercavalencia.es/wp-content/uploads/2016/03/02\\_Memoria\\_2015.pdf](http://www.mercavalencia.es/wp-content/uploads/2016/03/02_Memoria_2015.pdf) ) que recoge el objeto social, consistente en la:

- *“Promoción, construcción, explotación y prestación de los servicios de los Mercados Centrales Mayoristas de la ciudad de Valencia.*
- *Mejora en todos los órdenes del ciclo de comercialización de los productos alimenticios, siguiendo las directrices de la Administración Pública, con el fin de conseguir la perfecta coordinación de los fines propios de la competencia municipal con las necesidades nacionales en materia de abastecimiento.”*

Junto a ello, alega que:

- La condición de empresas similares -como MERCAZARAGOZA o MERCABILBAO- ya ha sido reconocida por las siguientes resoluciones administrativas: Acuerdo 104/2015, de 9 de diciembre de 2015, del Tribunal Administrativos de Contratos Públicos de Aragón, y Resolución 23/2015, de 24 de febrero, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Que entidades similares como MERCABARNA se consideran a sí mismos como poder adjudicador en sus Estatutos.

Por el contrario, la empresa MERCAVALENCIA defiende que no es poder adjudicador porque:

- a) La dicción literal del objeto social que recogen sus Estatutos Sociales, en el artículo 2, es la siguiente: *“La sociedad tendrá como objeto social una doble actividad: 1º.- La*



*promoción, construcción y explotación del Mercado o Mercados Centrales Mayoristas de Valencia; 2º.- Mejorar en todos los órdenes el ciclo de comercialización de productos alimenticios”.*

- b) El giro o tráfico actual de la empresa en de carácter industrial o mercantil, pues, consistió en 2015 en las siguientes actividades:
- Industria cárnica de transformación de productos (7.963 miles de euros)
  - Arrendamiento de inmuebles, locales y otros servicios (4.805 miles de euros)
  - Mercado municipalizado de pescado (623 miles de euros)
  - Servicio de sacrificio de matadero (3.972 miles de euros)

Cabe, asimismo, citar, aunque no lo ha hecho ninguna de las partes, la Resolución 125/2016, de 30 de junio de 2016, adoptada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que, recogiendo todas las resoluciones antes citadas, también concluye que MERCAMADRID es poder adjudicador.

Considerando todos estos antecedentes, que fundan las posturas encontradas de ambas partes, examinaremos el asunto contando con las concretas circunstancias que concurren en MERCAVALENCIA, pues el TJUE ha determinado que la determinación de si un organismo tiene la condición de poder adjudicador debe hacerse caso por caso, atendiendo a las circunstancias del mercado en el que desarrolla su actividad (STJUE de 27/2/2003 en el caso C-373/00 Adolph Truley GmbH).

Consecuentemente analizaremos si MERCAVALENCIA cumple los dos requisitos para ser considerado poder adjudicador:

**a) ¿Se creó “específicamente” para “satisfacer necesidades de interés general”?**

El concepto de “interés general” a los efectos de la Directiva ha sido elaborado – en ausencia de aclaración normativa específica en la Directiva originaria, por el TJUE en sus sentencias Mannesmann, C-44/96, 15-1-1998; BFI Holding BV, ARA, C-360/96, 10-11-1998; Agorá Srl. C-223/99 y C-260/99, 10-5-2001; Universale-Bau AG. C-470/99. 12-12-





2002; Adolf Truley GmbH. C-373/00, 27-2-2003; Korhonen. C-18/01. 22-5-2003; y Comisión/España, C-283/00, 16-10-2003.

Así, parece que este requisito se cumple si:

- El organismo se crea con carácter exclusivo para asumir tareas inmediatamente relacionadas con las funciones públicas que una administración pública está obligada a satisfacer, bajo inspección de la Administración pública, aunque no esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades (STJUE Mannesmann, 20 – 26- Imprenta del Estado para documentos oficiales seguros- ).
- El hecho de que haya competencia por empresas privadas no basta para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por administraciones públicas o poderes adjudicadores se guíen por consideraciones que no tenga carácter económico; por otra parte, es difícil imaginar actividades que no puedan ser realizadas por empresas privadas. La protección de los competidores de los organismos públicos ya se garantiza por los arts. 85 y ss del Tratado CEE (STJUE BFI Holding BV, 43-44 –Empresa de retirada de residuos-).
- La existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil.

En cambio, estas últimas necesidades no se satisfacen, por regla general, mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, como muestra la enumeración de organismos de Derecho público contenida en el Anexo I de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), en su versión modificada por la Directiva 93/37, a la que se refiere la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50.

Sin ser exhaustiva, dicha lista pretende ser lo más completa posible. El análisis de esta enumeración demuestra que, en general, se trata de necesidades que, por razones de



interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante ( STJUE BFI Holding BV, 49-51).

- Una entidad:
  - o que tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares,
  - o que carece de ánimo de lucro, pero cuya gestión se basa en criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad,
  - o y que opera en un entorno competitivo no es un organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva no es considerada poder adjudicados por el TJUE pues:

*“ 40. (...) 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 guión, de la Directiva”* (STJUE Agorá Srl. C-223/99 y C-260/99, 10-5-2001, 40 - 42).

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.

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. De hecho, no se hace alusión a las mismas en el objeto social que figura en los Estatutos de MERCAVALENCIA.

**b) Dichas necesidades de interés general, que en el pasado originaron la creación de MERCAVALENCIA, ¿Tienen carácter industrial o mercantil?**

Esta cuestión ha sido examinada hasta la saciedad, debiendo recordar lo que altos órganos consultivos del Estado han dicho con relación a MERCASA, entidad que inicialmente constituyó MERCAVALENCIA.

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 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).

En el informe de 24 de septiembre de 2012 (ref. A.G. Economía y Competitividad 7/12), se abordó el régimen de contratación del FROB y se indicó, a este respecto, lo siguiente:

<<En el informe de 12 de julio de 1995 (Ref. A.G. Entes Públicos 9/95) la entonces Dirección del Servicio Jurídico del Estado consideró que el Instituto de Comercio Exterior (ICEX) se encontraba incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por realizar una actividad de fomento (la promoción del comercio exterior y el fomento de la exportación) que no tenía carácter mercantil o industrial, sino típicamente administrativo, en cuanto tal actividad de fomento.



*Pues bien, el Consejo de Estado, en su informe de 14 de diciembre de 1995 (núm. 2.718-17/95/W), consideró lo contrario, con base en los siguientes razonamientos:*

*'Nadie ha puesto en duda —porque así figura en la norma de creación del Instituto (Real Decreto- Ley 6/1982) que el ICEX sea una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, dependiente de la Administración General del Estado.*

*Nadie niega —porque es obvio- que el ICEX está mayoritariamente financiado por el Estado; que su gestión, al menos en el aspecto económico, se halla sometida a los mecanismos ordinarios de control de la Administración Pública; y que sus directivos son nombrados por el Gobierno o por el Ministro del ramo.*

*Lo que se discute es si reúne también o no el requisito señalado con la letra 'a' en el precepto más arriba transcrito, a saber, que sea una de las entidades creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (...).*

*Ciertamente (...) el precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en la frase anterior. Interpretación que viene corroborada por los antecedentes legislativos de este precepto, el cual es una mera transposición del artículo 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, del Consejo...*

*Huelga, por tanto, toda discusión acerca de si el ICEX tiene o no condición de comerciante, de sí realiza o no operaciones de comercio, de si se limita a fomentar el comercio o es un verdadero operador económico, porque esa cuestión no es determinante a estos efectos.*

*Si el ICEX está excluido del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995 no será porque tenga la condición de comerciante —que no la tiene- ni porque efectúe operaciones de comercio —que eso nadie lo afirma- sino porque haya sido creado para servir necesidades de interés general de carácter mercantil. Lo que interesa es el fin que se persigue, no la naturaleza del instrumento (art.3º del Código Civil).*



(...)

*Cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad (se refiere el Consejo de Estado a la actividad de fomento del comercio exterior que realiza el ICEX), dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden de los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tienen carácter mercantil.*

*Es cierto que una cosa es comerciar y otra fomentar el comercio; pero lo que la Ley 13/1995 exige, para excluirlas de su ámbito de aplicación, no es que las entidades públicas comercien sino que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil, y sería un contrasentido afirmar que el Instituto Español de Comercio Exterior no sirve necesidades de carácter comercial.*

*Por tanto, si el ICEX, aun siendo una entidad de derecho público y que se financia mayoritariamente con fondos públicos y cuyos directivos son de nombramiento oficial, fue creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter mercantil, es indudable que no encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.3, letra a), de la Ley 13/1995, de 18 de mayo y , en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas."*

*Si el Consejo de Estado ha entendido que el ICEX no está sujeto a los preceptos del TRLCSP en atención al carácter mercantil de la actividad que se le encomienda, aun no teniendo la condición de comerciante ni efectuar actos de comercio, con mayor motivo hay que entender que la condición de poder no adjudicador recae en MERCASA, que tiene la condición de comerciante y ejerce una actividad de naturaleza eminentemente mercantil.>>*

*Esto mismo puede predicarse de MERCAVALENCIA, teniendo en cuenta que se trata de una sociedad mercantil, que las actividades que realiza son propias del comercio (véanse los antecedentes de hecho), que según datos públicos obtuvo 1,8 millones de euros de beneficio en 2015 (<http://www.levante-emv.com/valencia/2016/03/10/mercavalencia-logra-beneficio-1-millones/1390083.html>) 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).*

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 el 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 que 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.

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 presentado por D. G.V.P., en representación de FERROSER SEVICIOS AUXILIARES, S.A., contra la decisión de la Dirección de MERCAVALENCIA de fecha 1 de diciembre de 2016 por la que se acuerda no admitir a la empresa recurrente como licitadora del *“contrato de servicio de limpieza del matadero, sala de despiece, oficina y depuradora de MERCAVALENCIA”*.





**Segundo.** Levantar la medida cautelar de suspensión adoptada conforme a lo que establece 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.