



Recurso nº 813/2019

Resolución nº 958/2019

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

En Madrid, a 14 de agosto de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.R.S.H., en nombre y representación de FOODCONCEPT CATERING, S. L. contra el Acuerdo, de 13 de junio de 2019, de la mesa de contratación, por el que se la excluye de la licitación del contrato de *“Arrendamiento del denominado Restaurante Sur para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración”*, licitado por Hipódromo de la Zarzuela, S.A., S. M. E., sociedad mercantil dependiente de la Administración General del Estado, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se publica en el perfil del contratante de Hipódromo de la Zarzuela, S.A., S. M. E. y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación y pliegos del contrato de arrendamiento del denominado Restaurante Sur para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración.

La sociedad Hipódromo de la Zarzuela, S.A., S.M.E. no tiene la condición de poder adjudicador, de acuerdo con sus instrucciones internas de contratación (IIC), rigiéndose su contratación a aquellas instrucciones, garantizando los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, conforme al artículo 321 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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).

De conformidad con la regla 2, letras d) y e), de las IIC, quedan fuera de su ámbito de aplicación.



“d) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a las concesiones de obra

e) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios.”

El Pliego de Cláusulas particulares (PCAP), del contrato, establece en su cláusula 1.1 y 1.3 lo siguiente

“1.1. Régimen jurídico y jurisdicción

1.1.1. Naturaleza y régimen jurídico

El contrato tiene naturaleza de arrendamiento para uso distinto del de vivienda y carácter privado. Este contrato está excluido de la aplicación de la LCSP en virtud de lo establecido en su art. 9.2; igualmente no le son de aplicación las IIC de la sociedad, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.e) de las mismas.

Los pliegos y sus anexos, así como la propuesta del contratista y el documento de formalización del contrato, tienen carácter contractual. El contrato se registrará por lo previsto en dichos documentos contractuales y en la normativa aplicable vigente, en particular en la LAU y CC. El desconocimiento de la documentación contractual no eximirá al contratista de la obligación de su cumplimiento.

1.1.2. Jurisdicción

El conocimiento de cuantas cuestiones afecte a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos corresponderá al orden jurisdiccional civil.

Para cualquier divergencia entre las partes que no haya podido ser resuelta de mutuo acuerdo, el contrato quedará sometido a la jurisdicción de los jueces y tribunales de la ciudad de Madrid.

1.2. Objeto y necesidad del contrato

El objeto del contrato al que se refiere el presente pliego es el arrendamiento del denominado “Restaurante Sur” del Hipódromo de la Zarzuela (véase descripción de espacios de cláusula 2 PPT), sito en Avda. Padre Huidobro s/n de Madrid, para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración.



HZ ostenta la titularidad de la finca y de los espacios indicados, en virtud del Contrato de 30 septiembre 2003, de cesión del Hipódromo de la Zarzuela para la explotación integral del recinto y sus instalaciones, suscrito entre Patrimonio Nacional y HZ.

Las necesidades a satisfacer mediante el presente contrato constan en la Memoria Justificativa de su expediente.”

Por su parte la prescripción primera del Pliego de Prescripciones Técnicas establece.

“1. OBJETO

El objeto del presente Pliego es determinar las especificaciones técnicas que han de regir el arrendamiento del denominado "Restaurante Sur" del recinto del Hipódromo Zarzuela de Madrid, sito en Avda. Padre Huidobro s/n, para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración.

El objetivo de esta licitación es convertir el Restaurante Sur en un punto de referencia y de encuentro, de personas y visitantes de interesados en la gastronomía y en el mundo de las carreras de caballo, proponiendo una calidad y diversidad adecuada al mismo, tanto a nivel gastronómico como de imagen, infraestructuras y personal.

Este espacio se concibe como un restaurante¹ con una propuesta gastronómica de excelencia, vinculado a la filosofía y la imagen del Hipódromo de la Zarzuela¹ recinto único en Madrid y declarado Bien de Interés Cultural¹ por lo que la calidad¹ la experiencia y la estética de los proyectos se considerarán indispensables.

La prestación del contrato vinculado con este Pliego debe plantearse de forma que la explotación por el Arrendatario sea compatible con la actividad del Hipódromo y con el calendario de carreras.

El espacio se cede en su estado actual, resultando necesarias las obras de acabado, decoración, instalación y acondicionamiento, correspondiendo al Arrendatario el proyecto y ejecución de las mismas para hacerlo idóneo al uso previsto, desde el respeto a la normativa vigente.

Las actividades a desarrollar por el arrendatario en los espacios cedidos, consistirán en servicios de restauración permanente, banquetes y, en su caso, otros usos complementarios que requerirán la previa aprobación por parte de Hipódromo de la Zarzuela, S. A., S. M. E. (en



adelante1 HZ) y su desarrollo conforme a la normativa vigente1 en todo caso será responsabilidad del arrendatario.

La descripción y características de los espacios objeto de la cesión se detallan en la documentación gráfica y escrita del presente Pliego.”

Segundo. A la licitación presentan oferta FOODCONCEPT CATERING S. L.

El 7 de junio de 2019 la mesa de contratación de la sociedad examina la documentación que acredita la capacidad y solvencia de los licitadores, admitiendo a todos ellos.

El 10 de junio, la mesa procede a la apertura de los sobres que contienen las ofertas técnicas, dando traslado para la emisión de un informe técnico de valoración.

El 13 de junio, la mesa aprecia que FOODCONCEPT CATERING S. L. ha presentado en el sobre relativo a la oferta técnica documentación requerida en el sobre correspondiente a la oferta económica, excluyéndola por vulnerar el secreto de las proposiciones.

El 17 de junio se comunica a FOODCONCEPT CATERING S. L. mediante correo electrónico su exclusión, sin pie de recurso alguno.

El 19 de junio la licitadora presenta alegaciones al acto de exclusión, que son contestadas por la sociedad el 21 de junio.

Tercero. El 28 de junio de 2019, a las 12:36 horas, FOODCONCEPT CATERING S. L., interpone recurso especial en materia de contratación contra el acto de exclusión con el siguiente *petítum* “**ANULE Y DEJE SIN EFECTO LA EXCLUSION DE <FOODCONCEPT CATERING, S.I.> DE LA FASE DEL PROCESO DE LICITACION CORRESPONDIENTE A LA COMPROBACION DE LA APORTACION, EN EL SOBRE N° 2 DE LAS PROPOSICIONES DE LOS LICITADORES, DE LA DOCUMENTACION EXIGIDA EN EL ANEXO 3 DE LAS BASES DE DICHO PROCEDIMIENTO, Y LO RETROTRAIGA EN TODO LO NECESARIO PARA DECLARAR LA SUPERACION DE AQUELLA FASE POR LA RECURRENTE Y PARA QUE SU PROPUESTA PUEDA CONCURRIR CON LAS DE LOS DEMAS INTERESADOS AL TRAMITE DE APERTURA PUBLICA Y EXAMEN DEL SOBRE N° 3 DE OFERTAS ECONOMICAS y lo demás proceda en Derecho”**



Solicita asimismo la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, el 3 de julio, remite el expediente acompañado de su informe en que solicita la inadmisión del recurso por ser incompetente este tribunal para conocerlo.

Quinto. El día 4 de julio de 2019, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que pudieran formular alegaciones, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación le corresponde, con carácter general, a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y ss de la LCSP, cuando se refieran a los contratos previstos en el artículo 44.1 que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Constituye el objeto del recurso el acto de exclusión del procedimiento para la contratación del arrendamiento del denominado Restaurante Sur para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración.

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 LCSP 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.”

A propósito de la condición de Hipódromo de la Zarzuela S. A., S. M. E. señalamos en nuestra Resolución número 259/2013, de 4 de julio, aplicando dichos criterios señalamos lo siguiente.

“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.

La compañía Hipódromo de la Zarzuela S.A, concesionaria de la gestión del Hipódromo, fue constituida el 31 de julio de 2003 y forma parte del grupo de empresas públicas que componen la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) (...). El objeto social es la gestión y explotación integral del Hipódromo de la Zarzuela.

Sus objetivos básicos, según SEPI, son recuperar el Hipódromo de La Zarzuela y reactivar el sector de las carreras de caballos en España, dotar a Madrid de un recinto de ocio de máxima calidad con potencial de ser disfrutado a diario y fomentar una actividad económica altamente creadora de empleo y que desempeña una importante labor social. Por ello puede concluirse que la citada Sociedad no fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no son de carácter industrial y mercantil, y por tanto, no ostenta la condición de poder adjudicador.

La compañía Hipódromo de la Zarzuela S.A no ostenta la condición de poder adjudicador, lo que determina que 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 [hoy 44 LCSP]"

En fin, en las instrucciones de contratación de dicha sociedad queda constancia de que la compañía no ostenta el carácter de poder adjudicador.

Es por tanto incompetente este Tribunal para conocer de la impugnación planteada al no ser susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44.1 de LCSP.

Sería suficiente con ello para inadmitir el recurso, pero es que, además, el contrato en cuestión se encuentra expresamente excluido de la aplicación de la LCSP, por lo dispuesto en su artículo 9, que establece.

"1. Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los



definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.”

Analizados los pliegos de la contratación en los apartados transcritos en antecedentes, resulta que el objeto del contrato es el arrendamiento de unos locales para uso comercial de restauración, sin que se trate de una actividad o prestación dirigida a la empresa contratante para proveer sus necesidades, ni la prestación a terceros de un servicio por el adjudicatario que corresponda prestar a la sociedad contratante. En definitiva, se trata de un contrato de arrendamiento de locales, de naturaleza patrimonial, excluido de la aplicación de la LCSP, y, en consecuencia, de conformidad con los artículos 9 y 44.1 de la LCSP, quedan, además de por no ser la sociedad contratante poder adjudicador, fuera del ámbito de competencia de LCSP y del recurso especial en materia de contratación que aquella regula, por lo que procede la inadmisión de este recurso sin más trámite, sin necesidad de entrar a examinar más requisitos de procedibilidad ni el fondo del asunto.

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.R.S.H., en nombre y representación de FOODCONCEPT CATERING, S. L. contra el Acuerdo, de 13 de junio de 2019, de la mesa de contratación, por el que se la excluye de la licitación del contrato de “*Arrendamiento del*



denominado Restaurante Sur para su explotación mediante la prestación de servicios de restauración”, licitado por Hipódromo de la Zarzuela, S.A., S. M. E., sociedad mercantil dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. 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 58 de la LCSP.

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 al de 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.