



EB 2015/007

Resolución 23/2015, de 24 de febrero de 2015, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CESP, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y AUXILIARES, S.A y ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios de gestión de residuos y limpieza”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE BILBAO, S.A. (MERCABILBAO).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de enero de 2015 se interpuso la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación interpuesto por CESP, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y AUXILIARES, S.A y ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, “la UTE recurrente”) contra la adjudicación del contrato “Servicios de gestión de residuos y limpieza”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE BILBAO, S.A. (en adelante, “MERCABILBAO”).

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, constan las de la empresa UTE FCC, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. y GMSM MEDIO AMBIENTE, S.A (en adelante, “UTE FCC-GMSM”). Consta asimismo el informe del poder adjudicador al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De conformidad con lo previsto en el los artículos 42 y 44.4. a) del TRLCSP, queda acreditada en el expediente la legitimación de la UTE recurrente y la representación de quienes actúan en su nombre.

SEGUNDO: Con carácter previo a ninguna otra consideración, debe resolverse la cuestión de si MERCABILBAO tiene o no la condición de poder adjudicador, ya que el artículo 40.1 TRLCSP establece que la competencia de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC / KEAO) se extiende a los contratos que pretendan “concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores”, de modo que una respuesta negativa significaría la falta de competencia y la inadmisión del recurso. MERCABILBAO, apoyada por UTE FCC-GMSM, entiende que no tiene la condición de poder adjudicador, aportando a favor de su tesis varios informes de la Abogacía del Estado referidos a entidades similares que, en resumen, señalan el carácter mercantil de su objeto social, su actuación en el mercado en régimen de competencia, la inexistencia de un mecanismo de compensación de pérdidas y el origen de la mayoría de sus ingresos, procedentes de actividades retribuidas mediante precios fijados de acuerdo con estrictos precios de mercado.

En síntesis, son tres los requisitos que el artículo 3.3 b) TRLCSP, siguiendo el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 CE, exige para considerar que una entidad tiene la condición de poder adjudicador:

- Tener personalidad jurídica propia.

- Que su actividad esté mayoritariamente financiada por otro u otros poderes adjudicadores, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por poderes adjudicadores.



- Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Habida cuenta de su condición de Sociedad Anónima participada mayoritariamente por los Ayuntamientos de Bilbao y Barakaldo (e incluso en el caso de que se considere que el otro partícipe, la empresa estatal MERCASA, no es poder adjudicador), es indudable que MERCABILBAO tiene personalidad jurídica propia y que su gestión está controlada por poderes adjudicadores. Por lo tanto, el aspecto crítico es determinar si satisface necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, determinación que debe hacerse contrastando las características de la entidad con la normativa aplicable y con la jurisprudencia europea que ha analizado este requisito.

El concepto de “necesidades de interés general” debe ser interpretado en un sentido amplio para que se cumpla la finalidad de las Directivas, que es asegurar que las compras públicas se guíen exclusivamente por criterios económicos no discriminatorios y eliminar las trabas a las libertades comunitarias (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJ) de 27/2/2003, asunto C-373/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01). Este requisito puede darse por implícito en el mismo concepto de Administración Pública (Artículo 103.1 de la Constitución), así como en las sociedades mercantiles en las que éstas participan mayoritariamente de modo permanente, pues no se comprendería que dicha participación persiguiera un interés distinto del interés general. Por otro lado, la jurisprudencia europea ya ha expresado que una actividad como la que constituye el objeto social de MERCABILBAO puede considerarse de interés general porque procura mejorar el intercambio de bienes y servicios entre empresas, que ven así facilitada la realización de sus negocios, contribuyendo a la generación de riqueza (STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01 y STJ de 10/5/2001, asunto C-223/99). En este sentido, el artículo 2 de sus Estatutos establece que en el objeto de MERCABILBAO figura, entre otras finalidades, la gestión del Mercado Central y los servicios complementarios convenientes para la mejor eficacia del servicio y atenciones a los usuarios y la mejora del ciclo de comercialización de productos



alimentarios. Por lo tanto, se puede considerar que la actividad de MERCABILBAO es de interés general.

Por lo que se refiere al carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general, es importante para el caso que nos ocupa señalar lo siguiente:

a) El concepto de entidad adjudicadora es funcional (STJ de 10/11/1998, asunto C-360/96), por lo que el hecho de que la forma jurídica de un organismo sea privada o mercantil, es irrelevante; lo fundamental es el tipo de actividad que realiza y cómo lo realiza.

b) Que una actividad no esté reservada a los poderes públicos no le otorga naturaleza industrial o mercantil, ya que cada vez son más los campos en los que puede actuar la iniciativa privada. Una interpretación en sentido contrario vaciaría de contenido el concepto de poder adjudicador.

c) Se ha considerado un indicio del carácter industrial o mercantil de las necesidades la actuación del organismo en régimen de competencia desarrollada –si bien se trata de un factor no decisivo por sí solo– (STJ de 10/11/1998, asunto C-360/96 y STJ de 27/2/2003, asunto C-373/00) y, sobre todo, la sujeción a criterios de rentabilidad, el ánimo de lucro –entendido como la búsqueda de beneficios como objetivo principal– y la asunción del riesgo financiero del negocio, de tal manera que no se puedan repercutir las pérdidas del mismo a un poder público que sería el que finalmente las soportaría; para apreciar que no se soportan las pérdidas del negocio, no es necesario que exista un mecanismo formal de compensación de pérdidas, siendo suficiente que se considere que, a la vista del tipo de actividad del organismo, el interés público moverá a la Administración matriz a no permitir en ningún caso la insolvencia de la entidad (STJ de 16/10/2003, asunto C-283/00 y STJ de 22/5/2003, asunto C-18/01).



d) Cuando en el mismo organismo concurren actividades mercantiles o industriales y otras que no tienen ese carácter, dicho organismo está sujeto a la Directiva en todas sus adquisiciones, sin que importe el porcentaje de unas u otras actividades en el volumen total del negocio y sin que quepa diferenciar si la adquisición se produce en el marco de una actividad mercantil o no mercantil (STJ de 15/1/1998, asunto C-44/96).

En los Estatutos Sociales de MERCABILBAO figuran, entre otros, los siguientes apartados, relevantes para el caso:

- «La Sociedad, como medio propio, tendrá como objeto social las siguientes actividades:

(...)

a) La prestación del Servicio Público Municipal de Abastecimiento al por mayor, mediante la explotación, en régimen de gestión directa y forma de Sociedad Anónima, con duración indefinida, del Mercado Central de Mayoristas y cualquier otro servicio que constituya la Unidad Alimentaria de Bilbao (Artículo 2).»

- «La Sociedad constituye un “medio propio” y servicio técnico del Ayuntamiento de Bilbao y de la Administración del Estado, a través de la Sociedad Estatal Mercados Centrales de Abastecimiento, S.A. (MERCASA) en los términos y con el alcance previsto en estos Estatutos a los efectos de lo dispuesto en los artículos 24.6 y 8.2 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Artículo 1).» En el mismo sentido, la letra e) del artículo 2 establece que es parte de su objeto social «la realización de las actuaciones y gestiones que en materia de ejecución de política alimentaria, comercial y de mercados en general, y cuantos servicios relacionados con todos ellos, le encomienden las Administraciones y Entidades de las que es “medio propio”, que la Sociedad estará obligada a realizar de acuerdo con las instrucciones fijadas por el encomendante y cuya retribución se fijará por referencia a tarifas aprobadas previamente.»

Del contraste entre los Estatutos y las características de las necesidades de interés general de carácter no industrial o mercantil señaladas anteriormente, se deduce lo siguiente:



- El objetivo de la sociedad es la prestación, en régimen de gestión directa, de un servicio público municipal; debe recordarse que el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local incluye dentro de la gestión directa tanto la asunción del servicio por la propia Entidad Local como la gestión mediante una sociedad mercantil en mano pública. Ello desmiente que la creación de la entidad tenga por finalidad la búsqueda de beneficios, aunque pueda, de hecho, obtenerlos, e incluso autofinanciarse; por el contrario, demuestra que se trata de un ente instrumental para que el Ayuntamiento de Bilbao, titular del servicio, despliegue una actividad en favor de los usuarios. Consecuentemente, la “mercantilidad” de la empresa –en el sentido de que actúa en el tráfico mercantil– no es la finalidad, sino el medio del que se sirve para prestar el servicio. Teniendo este factor en cuenta, resulta muy difícil creer que, a pesar de que no exista un mecanismo preestablecido para compensar las posibles pérdidas del negocio, el Ayuntamiento no vaya a garantizar la solvencia de MERCABILBAO con el mismo interés que cuida de la suya propia, y ello con el objetivo de dar continuidad al servicio público que ha decidido prestar a través de ella. Piénsese que el Ayuntamiento, en buena lógica, solo habrá decidido prestar este servicio después de llegar a la conclusión de que se trata de una actividad no suficientemente garantizada por el sector privado y de que era preciso un cierto grado de intervención pública; por lo tanto, no tendría sentido que MERCABILBAO fuera un operador económico más, sino que sería necesario que no se guiara exclusivamente por criterios de rentabilidad, lo que le podría hacer entrar en pérdidas, las cuales serían asumidas por los poderes públicos precisamente para asegurar el servicio público que, al final, es su razón de ser. La misma razón es también contradictoria con la consideración de que la sociedad actúa en un régimen de competencia desarrollada, ya que las empresas privadas que pudieran concurrir con MERCABILBAO por la misma cuota de mercado no disfrutaran de análoga garantía pública de solvencia. Asimismo, la competencia en el sector en el que actúa MERCABILBAO está fuertemente limitada, entre otros factores, por la intervención en él de MERCASA y las sociedades por ella participadas, como se deduce del “Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en



destino”, elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia. Por ello, este Órgano entiende que la actividad de MERCABILBAO no es industrial o mercantil, lo que implica su condición de poder adjudicador.

- Por otro lado, la entidad tiene atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de las Administraciones partícipes en su capital social. A juicio de este Órgano, esta atribución es incompatible con la misma definición de “medio propio”, que requiere que la parte esencial de la actividad se realice para las entidades para las que realizan esta función; en el caso de MERCABILBAO, parece claro que su vocación es desarrollar su actividad para los terceros usuarios, que son los que le encomiendan y pagan los servicios que presta, y no la de proporcionar dichos servicios a las Administraciones partícipes que, en general, no son quienes se las encargan. Parece que se han confundido aquí el género –la categoría de ente instrumental– y la especie –medio propio–, siendo MERCABILBAO lo primero pero no lo segundo. Con independencia de esta consideración, lo que sí es indudable es que la condición de medio propio que figura en los Estatutos, le permite recibir encargos de las Administraciones partícipes y tiene una derivada importante para este caso: una entidad no puede invocar la condición de medio propio y negar su naturaleza de poder adjudicador, y ello porque los requisitos del primero presuponen los del segundo, y en particular, presuponen la falta de mercantilidad. Téngase en cuenta que un medio propio puede vender sus servicios a la entidad o entidades dominantes sin que medie ningún procedimiento de adjudicación respetuoso con la publicidad y la libre competencia, excluyendo la competencia de cualquier empresa privada o pública que se dedique al mismo objeto; es más, ni siquiera puede negarse a ejecutar las encomiendas que se le efectúen ni negociar sus precios como un agente normal del mercado, pues se trata de tarifas fijadas por las Administraciones dominantes. Además, es claro que dichas Administraciones garantizarán la solvencia del medio propio porque es tanto como garantizar la solvencia de su propia estructura orgánica, a la que, materialmente, pertenecen. En consecuencia, el desempeño de la función de medio propio también avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.



Por todo ello, este OARC / KEAO se considera competente para la resolución del recurso.

TERCERO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

Del Pliego que rige la contratación se deduce que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial.

CUARTO: El artículo 40.2.c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

QUINTO: La pretensión del recurso es la anulación de la adjudicación y de todos los actos realizados con posterioridad a la omisión de la publicidad de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) y, si no prospera dicho motivo, la nulidad del acuerdo de adjudicación y la retroacción de actuaciones para efectuar una nueva valoración de las proposiciones. Este OARC / KEAO entiende que, a la vista de dichas pretensiones, el recurrente está utilizando en realidad dos medios impugnatorios distintos; por un lado, la cuestión de nulidad de la adjudicación por omisión del anuncio de publicidad europea (artículos 37.1 a) y 39 del TRLCSP), y por otro, el recurso especial contra la valoración de las proposiciones (artículo 40 y siguientes del TRLCSP). Procede analizar en primer lugar la cuestión de nulidad, ya que su estimación llevaría a la nulidad de todo lo actuado y haría superfluo el examen de los motivos que fundamentan el recurso especial.



SEXTO: En el supuesto que nos ocupa, no se ha efectuado la publicidad de la licitación en el DOUE que exige, como parte del procedimiento de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada, el artículo 142 TRLCSP, y no concurren las tres circunstancias enumeradas en el art. 37.2 del TRLCSP, pues, de una parte, la entidad adjudicadora no lo alega, y de otra parte, en el expediente remitido no consta su cumplimiento. Tampoco se aprecia la concurrencia de ninguna de las razones previstas en el artículo 38.2 TRLCSP y que permitirían a este OARC / KEAO no emitir la declaración de nulidad. Consecuentemente, debe acordarse la nulidad de la adjudicación y de todo lo actuado, con los efectos establecidos en el artículo 35.1 TRLCSP.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 39.1 y 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar la cuestión de nulidad planteada por CESPA, COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y AUXILIARES, S.A y ANSAREO SANEAMIENTO Y SERVICIOS, S.A. contra la adjudicación del contrato “Servicios de gestión de residuos y limpieza”, tramitado por la Sociedad Pública Municipal MERCADOS CENTRALES DE ABASTECIMIENTO DE BILBAO, S.A. (MERCABILBAO) y declarar la nulidad del ato impugnado y de todo el procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko otsailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de febrero de 2015