

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº 1/2018

RESOLUCIÓN Nº 13/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**


En Sevilla, a 16 de marzo de 2018.

Visto el recurso especial en materia de contratación, del artículo 40 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, interpuesto por D. Thomas Frank, en nombre y representación de la empresa PRESTO PARKING, S.L, contra la adjudicación de la licitación convocada por Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas, S.A, (AUSSA) relativo a la "Contratación de una Plataforma on-line para el pago y gestión del estacionamiento de los aparcamientos en Sevilla: Mercado del Arenal, Mercado de Triana, José Laguillo, Cisneo Alto, Parking del Valle, Aparcamientos en Granada: (Maristas) Calle Sócrates, Estacionamientos Regulados: Sevilla, Morón de la Frontera y Chiclana de la Frontera, Eventos: Feria de Abril, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Empresa Aparcamientos Urbanos Servicios y Sistemas, S.A, en adelante AUSSA, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2017, se acordó convocar la licitación para la Contratación de una Plataforma on-line para el pago y gestión del estacionamiento de los aparcamientos en Sevilla: Mercado del Arenal, Mercado de Triana, José Laguillo, Cisneo Alto, Parking del Valle, Aparcamientos en Granada: (Maristas) Calle Sócrates, Estacionamientos Regulados: Sevilla, Morón de la Frontera y Chiclana de la Frontera, Eventos: Feria de Abril" en las condiciones recogidas en la Especificación Técnica y Administrativa que se acompaña, en la forma establecida en las Instrucciones Internas de contratación de la Compañía con un presupuesto estimado de 328.800 €, así como facultar al Director

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	1/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

Gerente de AUSSA para adjudicar y formalizar la contratación, dando cuenta a la Comisión Ejecutiva del Consejo de Administración.

SEGUNDO.- El anuncio de licitación fue publicado en el Perfil de Contratante de AUSSA con fecha 3 de julio de 2017, y en esa misma fecha se ponen a disposición de los interesados las Especificaciones Técnicas y Administrativas que rigen la licitación.

TERCERO.- Con fecha 26 de enero de 2018, el Director Gerente de AUSSA resuelve adjudicar el contrato objeto de recurso a la empresa Parking Libre Sistema de Reserva, S.L, dando cuenta a Consejo de Administración

CUARTO.- Con fecha 27 de febrero de 2018, el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, remite a este Tribunal, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en virtud de la cual se procede a inadmitir el recurso interpuesto por la empresa Presto Parking, S.L por falta de competencia.

A dicha Resolución se acompaña el escrito del Recurso presentado por la citada entidad contra el acto de adjudicación del contrato objeto de este recurso. En dicho escrito y como cuestión previa, a las cuestiones de fondo formuladas en el mismo, el recurrente, considera la procedencia de la interposición del recurso respecto de la presente licitación al tratarse de un acto, el de adjudicación, emanado de una entidad que tiene la consideración de poder adjudicador.

De igual forma, el órgano de contratación nos remite informe suscrito con fecha 14 de mayo de 2008, en el que se analiza la naturaleza jurídica de AUSSA con ocasión de la aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector público y las Especificaciones Técnicas y Administrativas.


FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Con carácter previo al examen de cualquier otra cuestión, procede analizar si en atención a la Naturaleza Jurídica del órgano de contratación, éste Tribunal resulta competente para conocer del Recurso.

El artículo **40.1) del TRLCSP** establece 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** (...)”

Por tanto, se trata de delimitar si la entidad AUSSA ostenta la condición de poder adjudicador.

El recurrente en su escrito considera que AUSSA tiene la consideración de poder adjudicador, para ello se fundamenta en lo dispuesto en el art. 3.3b) y 21 del TRLCSP y en la doctrina del T.S que afirma “*la competencia del orden contencioso-administrativo a los supuestos en los que, como en el que ahora nos ocupa, se trata de actos de preparación y adjudicación de un contrato privado, de una entidad mercantil participada por la Administración Pública, citándose por todas la Sentencia de 21 de noviembre de 2012 (EDJ 270248), en la que la Sala no duda en determinar:*

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	2/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

Al tratarse de una sociedad mercantil, sometida al régimen de las sociedades anónimas y no formando parte de los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administración Pública a los efectos de la Ley de Contratos, se debe analizar si tiene la consideración de poder adjudicador”.

En base a lo cual la empresa PRESTO PARKING, S.L, considera que la presente licitación es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

El órgano de contratación, emitió con fecha 14 de mayo de 2008, informe en el que se analiza la naturaleza jurídica de AUSSA con ocasión de la entrada en vigor de la entonces, Ley 30/2007 de Contratos del Sector público, en el que se concluye que la Entidad AUSSA es una entidad creada para satisfacer necesidades de interés general y con carácter mercantil, por lo que se encuadra como una empresa del Sector Público que no ostenta la condición de Poder adjudicador.

SEGUNDO.- La entidad AUSSA es una sociedad mercantil participada mayoritariamente (51%) por el Ayuntamiento de Sevilla, a través de la empresa Pública TUSSAM, que forma parte del Sector Público pero que no tiene la consideración de Administración Pública.

El art. 3.1 del TRLCSP relativo al ámbito subjetivo de la Ley señala:


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

- a) ...
 - b) ...
 - c) ...
 - 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%.*
- (...)”.

No obstante, a los efectos de determinar si AUSSA debe ser considerada o no como **Poder Adjudicador**, hemos de acudir a lo dispuesto por el art. 3.3b) del TRLCSP, que señala lo siguiente:

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

- a) (...)
- b) *Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido específicamente para satisfacer necesidades de interés general **que no tengan carácter industrial, 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*

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	3/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) (...)"

De acuerdo con el art. citado, resulta que lo relevante para considerar o no a una entidad como poder adjudicador es su creación para satisfacer necesidades que NO tengan carácter industrial o mercantil, es decir, que para que tengan la consideración de Poder Adjudicador es necesario que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Así lo ha interpretado el TJUE en numerosas ocasiones (Sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C373/00; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C53/96, Siepsa de 16 de octubre de 2003), al considerar que el concepto de "necesidad de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial" son aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfagan mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y , por otra, por razones vinculadas al interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.


De igual forma resulta, a estos efectos, muy ilustrativo lo recogido por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, con ocasión de la Resolución del Recurso nº 300/2013, que en un caso similar señala:

"(...) Se desprende de la jurisprudencia que la existencia o 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 han rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que se ejerza 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. (...)."

Atendiendo a los Estatutos de AUSSA el objeto social de la misma es el siguiente:

1.
 - a) *Explotación del estacionamiento regulado en superficie en la zona del Mercado del Arenal de Sevilla.*
 - b) *Explotación de un aparcamiento subterráneo en el Mercado del Arenal de Sevilla.*
 - c) *Construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo en José Laguillo de Sevilla.*
 - d) *Construcción y explotación de aparcamiento subterráneo de residentes en Pino Montano, de Sevilla*
 - e) *Explotación y en su caso construcción de aparcamientos en superficie o subterráneos que en el futuro puedan serle adjudicados por el Ayuntamiento de Sevilla*

2. *La realización de estudios y proyectos sobre tráfico, circulación, transportes*

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	4/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

y aparcamientos.

3. La realización de obras y gestión de servicios públicos relativos a aparcamientos de vehículos.

4. La construcción, instalación, mantenimiento, gestión y explotación de servicios anejos al aparcamiento de vehículos, tales como limpieza, lavado, engrase, suministro de carburantes y venta al por menor de objetos diversos a los clientes. La venta, arrendamiento, cesión de uso o explotación bajo cualquier título jurídico de plazas de aparcamientos y demás inmuebles.

5. La realización de todo tipo de señalización viaria.

6. El control y explotación de zonas de aparcamiento regulado en superficie.

7. La colaboración con la Administración en la denuncia, inmovilización, retirada y depósito de vehículos

8. El suministro, instalación, control, funcionamiento, conservación, mantenimiento y reposición de maquinaria, equipos y elementos materiales para la correcta explotación de aparcamientos, en edificio o en superficie, y sus servicios anejos.


9. La realización de campañas de información y promoción del uso del aparcamiento en superficie, así como su intervención directa o indirecta en cualquier tipo de campaña relacionada con la movilidad urbana.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo.”

Examinado el objeto social de la entidad y, la jurisprudencia expuesta al respecto, este tribunal, coincide con el criterio manifestado por AUSSA en su informe, de fecha 14 de mayo de 2008, en el que concluye que:

“Entendemos por tanto que AUSSA debe encuadrarse como empresa del Sector Público, no llegando a alcanzar el nivel de Poder Adjudicador, pues a pesar de ser una empresa con personalidad jurídica propia, cuya gestión está controlada por una empresa considerada Poder Adjudicador, TUSSAM, que nombra a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración; y que ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general, si tiene carácter mercantil, y ello en base a:(...)

- **“AUSSA opera en condiciones normales de mercado, tal y como lo haría cualquier empresa que no estuviera participada directa o indirectamente por la Administración. Así cualquier empresa privada podría prestar en Sevilla el servicio de estacionamiento regulado en superficie e inmovilización y retirada de vehículos tal y como lo hace AUSSA.**
- **AUSSA es una empresa con ánimo de lucro.**
 - **AUSSA se constituye a través de un concurso público convocado para ello, en el que se establece que se aportarán en principio cuatro concesiones administrativas, de servicio y de obra y servicio. En los**

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	5/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

pliegos de condiciones se establece la forma en que el Ayuntamiento mantendrá el equilibrio económico de la explotación de los servicios, entre los que se incluye el estacionamiento regulado en superficie.

- *La oferta adjudicataria recoge la cuenta de explotación de los negocios concesionales que explota AUSSA, incluyendo los beneficios a obtener de la gestión de los servicios, que tal y como se establece en el pliego de condiciones se distribuirán entre los accionistas en proporción a su participación.*
- *Las causas de disolución de la sociedad son las contempladas en la legislación mercantil, sin que se haya previsto la aportación de subvención alguna por el Excmo. Ayuntamiento para compensar posibles pérdidas acumuladas.*

- *La sociedad **soporta las pérdidas** derivadas del ejercicio de su actividad si contar con financiación pública.”*

Por todo ello, cabe concluir que al no ostentar la entidad AUSSA la condición de Poder Adjudicador, los contratos celebrados por esta Sociedad no podrán ser objeto de recurso especial en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 del TRLCSP, por lo que no corresponde a este Tribunal, resolver las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente en su escrito de recurso

Por todo lo anterior,


VISTOS los preceptos legales de aplicación, **este TRIBUNAL**

RESUELVE

PRIMERO.- Inadmitir el recurso formulado por D. Thomas Frank, en nombre y representación de la empresa PRESTO PARKING, S.L, contra la adjudicación de la licitación convocada por AUSSA relativa a la “Contratación de una Plataforma on-line para el pago y gestión del estacionamiento de los aparcamientos en Sevilla: Mercado del Arenal, Mercado de Triana, José Laguillo, Cisneo Alto, Parking del Valle, Aparcamientos en Granada: (Maristas) Calle Sócrates, Estacionamientos Regulados: Sevilla, Morón de la Frontera y Chiclana de la Frontera, Eventos: Feria de Abril” , al tratarse de una licitación de una sociedad mercantil que no ostenta la condición de poder adjudicador.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión de procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 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 TRLCSP.

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	6/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso – administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

SOFÍA NAVARRO RODA

Código Seguro De Verificación:	Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Sofia Navarro Roda	Firmado	16/03/2018 14:20:14	
Observaciones		Página	7/7	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/Ou5aV4kPL2k65bsj2qO+Gw==			