

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 5 de febrero de 2014.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don J.M.E.V., en nombre y representación de la Asociación de Afectados por la Gestión de la Televisión Pública Madrileña (AGTPM), contra la desestimación presunta del Recurso Previo contra la Resolución de exclusión, relativo al “Servicio de emisión de la señal de Telemadrid y de La Otra para su adjudicación por procedimiento abierto”, expediente: 2013/03 OP, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha, 11 de junio de 2013, la Comisión Delegada del Consejo de Administración de Radio Televisión Madrid (en adelante RTVM) acordó autorizar el gasto para el contrato de servicio de emisión de la señal de Telemadrid y de La Otra, para su adjudicación por procedimiento abierto, a adjudicar mediante procedimiento abierto, con un presupuesto base de licitación de 2.790.000 euros y una duración de nueve meses.

En el punto 2.3 del Pliego de Condiciones Jurídicas, en adelante PCJ, se indica que Televisión Autonomía Madrid, S. A. forma parte del Sector Público al encuadrarse dentro del supuesto previsto en el artículo 3.1. d) 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), no ostentando la condición de poder adjudicador, añadiendo que en concordancia con lo anterior, los contratos que suscriba dicha mercantil, cualquiera que sea el ámbito o naturaleza de su actividad, tendrán la consideración de privados.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso, que para acreditar la solvencia económica de los licitadores el PCJ exige en su apartado 7.3 una declaración responsable sobre el volumen de negocio referido a los 3 últimos ejercicios en el ámbito de actividad correspondiente al objeto del contrato, que incluya importe, fechas y beneficiarios públicos y privados de los mismos, y declaración apropiada de institución financiera, haciendo constar que el licitador tiene capacidad financiera para la ejecución del contrato. Para acreditar la solvencia técnica se exigen referencias de proyectos similares en el sector (lista de referencias en que el ofertante haya participado en lo que se refiere al objeto de contratación en los últimos tres años) y experiencia y curriculum del equipo de trabajo.

A la licitación convocada se presentaron tres licitadoras, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tal y como consta en el acta de fecha 3 de julio de 2013, el órgano gestor acordó excluir de la licitación a la recurrente al carecer de la solvencia económica financiera y técnica requerida, indicándose asimismo en dicho acta que las prestaciones del contrato objeto de licitación no están comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que conforme a sus Estatutos son propias a la AGTPM.

Frente a dicha Resolución con fecha 1 de agosto de 2013, la recurrente

interpuso el recurso previo procedente de acuerdo con las Instrucciones de contratación de Televisión Autonomía Madrid, sin que conste que dicho recurso haya sido resuelto.

Por último consta que el contrato ha sido adjudicado a la empresa Telefónica Broadcast Services, SLU.

Tercero.- Con fecha 24 de enero de 2014 se presentó ante este Tribunal escrito calificado por la recurrente como recurso especial de nulidad contra la desestimación presunta del recurso previo interpuesto el 1 de agosto de 2013.

En el mismo se solicita que se declare la nulidad del procedimiento de contratación al deber someter el mismo a regulación armonizada por considerar que la entidad adjudicadora tiene la naturaleza de poder adjudicador de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.3 b) del TRLCSP, y atendiendo al objeto del contrato y a su cuantía.

Subsidiariamente se solicita la anulación del procedimiento de licitación por no haberse concedido a la recurrente la posibilidad de subsanar la falta de acreditación de capacidad y solvencia técnica y económica exigidas, argumentando concretamente respecto del cumplimiento a su juicio de los requisitos exigidos.

Con fecha 24 de enero de 2014 este Tribunal requirió al órgano de contratación para que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 del TRLCSP remitiera el expediente administrativo y el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del mismo texto legal.

El órgano de contratación remitió el correspondiente expediente junto con su informe el día 31 de enero.

En el indicado informe se afirma que Televisión Autonomía Madrid S.A., es

una sociedad anónima perteneciente al sector público, pero no es ni Administración pública ni poder adjudicador, siendo la actuación de Telemadrid en el marco del expediente de contratación sobre el que se plantea la Cuestión de Nulidad totalmente acorde con la naturaleza antes señalada. Trae a colación para sustentar sus afirmaciones el Informe 9/2008, de 10 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público al Ente Público Radio Televisión Madrid y a las empresas Televisión Autonomía Madrid y Radio Autonomía Madrid. Por lo tanto concluye solicitando la inadmisión de la Cuestión de Nulidad planteada (sic) en la medida en la que la sociedad Televisión Autonomía Madrid, S.A. es una sociedad anónima perteneciente al sector público que no reúne la condición ni de poder adjudicador ni de Administración pública.

No obstante lo anterior señala que tampoco concurren los requisitos sustantivos exigidos por el TRLCSP para plantear la cuestión de nulidad de conformidad con su artículo 37, ni los formales en tanto por el tiempo transcurrido la indicada cuestión sería extemporánea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Procede en primer lugar dadas las alegaciones de las partes entrar a considerar la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso.

Cabe hacer una consideración previa, y es que aunque el órgano de contratación lo considera una cuestión de nulidad regulada en el artículo 37 del TRLCPS, y la recurrente califica el recurso como especial de nulidad en su inicio, en los fundamentos de derecho lo funda en el artículo 40 del TRLCSP, por lo tanto como un recurso especial, sin perjuicio de que lo fundamente en causas de nulidad de pleno derecho, en concreto el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC).

Sentado lo anterior debe examinarse la naturaleza jurídica del órgano de contratación a los solos efectos de determinar la competencia de este Tribunal.

El artículo 3 de TRLCSP, define en su apartado 1 a efectos de delimitar su ámbito subjetivo de aplicación los organismos, entes o entidades que debe entenderse que forman parte del sector público, distinguiendo a su vez en sus apartados 2 y 3 las entidades que se consideran Administración Pública de los demás poderes adjudicadores. Para deslindar tal carácter de administración pública frente al resto de poderes adjudicadores, el punto 1 del mismo artículo 3, diferencia distintos sujetos que conforman el sector público, en concreto en su apartado a) recoge lo que podríamos considerar la Administración estricta *“La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local”* y en su apartado 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”*.

El ente convocante del contrato en el que se generan los actos objeto del presente recurso es la Sociedad Televisión Autonomía Madrid cuya creación fue autorizada mediante Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, 122/1988, de 22 de diciembre. Dicho Decreto aprueba los estatutos de la entidad que es calificada en su artículo 1 como “sociedad anónima pública” cuyo objeto social según el artículo 2 es la gestión del servicio público de televisión de la Comunidad de Madrid, y en particular

“a) La producción y difusión simultánea de imágenes y sonidos, a través de ondas, cables o cualquier otro medio técnico sustitutivo de éstos, destinados al público en general, o a un sector del mismo, con fines políticos, culturales, educativos, religiosos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios.

b) *Cuantas actividades sean anejas o complementarias de las anteriores”.*

Por su parte de acuerdo con su artículo 5 su capital social representado por acciones nominativas será íntegramente suscrito por la Comunidad de Madrid mediante el Ente Público Radio Televisión Madrid.

Por último su artículo 20 señala que *“Su presupuesto se financiará con subvenciones consignadas en los presupuestos generales de la Comunidad, con la venta y comercialización de sus productos y con la participación en el mercado de la publicidad.”*

Por lo tanto teniendo en cuenta todos los elementos anteriores la naturaleza de la sociedad Televisión Autonomía Madrid es la de una sociedad que no tiene la consideración de administración pública, pero que sí responde al concepto de sector público.

Así se reconoció también en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 9/2008, de 10 de julio.

Resta aún determinar al objeto de establecer la competencia de este Tribunal y la procedencia del recurso especial en materia de contratación, si además de formar parte del sector público, la Sociedad Televisión Autonomía Madrid, tiene la naturaleza de poder adjudicador en los términos del apartado 3 del citado artículo 3 que además de las Administraciones Públicas considera como tales *“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”.*

Aduce la recurrente al respecto que la Sociedad Televisión Autonomía Madrid reúne todos los requisitos exigidos en el indicado artículo 3.3 del TRLCPS, ha sido creada para la satisfacción de necesidades de interés general tal y como se establece en la Ley 13/1984 de creación de Telemadrid, careciendo de carácter industrial o mercantil, y siendo su financiación básicamente con cargo a los presupuestos generales de la comunidad de Madrid .

Por su parte el órgano de contratación señala que tal y como se indicaba en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 9/2008, antes citado, Televisión Autonomía Madrid aunque pertenece al sector público, no es ni Administración pública, ni poder adjudicador.

Es cierto que de acuerdo con lo establecido en la Ley 13/1984, de 30 de junio, de creación, organización y control parlamentario del Ente Público de Radio Televisión Madrid, el mismo tiene por objeto, de acuerdo con su artículo 1, la gestión del servicio público de radiodifusión y televisión, y que Televisión Autonomía Madrid aun siendo un sujeto de derecho diferente, como más arriba hemos indicado tiene por objeto social la gestión del servicio público de televisión de la Comunidad de Madrid. Ahora bien, el artículo 3.3 se refiere a la satisfacción de necesidades de interés general, circunstancia que concurre en el caso de Televisión Autonomía Madrid, pero añade un segundo requisito y es que no tengan el carácter de mercantil.

En este caso por las concretas actividades que desarrolla la entidad de, producción y difusión simultánea de imágenes y sonidos, potencialmente generadoras de ingresos vía publicidad o venta de espacios, que se comercializan con participación en este concreto mercado, este Tribunal considera que puede entenderse que dichas actividades tienen carácter mercantil, no sólo por el carácter mercantil de la entidad, sino también por su contenido (de hecho se trata de una actividad desarrollada asimismo por sociedades privadas).

Así aunque la televisión sea un servicio público esencial, ello no implica que las actividades destinadas a su realización no tengan la consideración de mercantiles dentro del giro o tráfico comercial, como abona el hecho de que pueda ser gestionada de forma indirecta por sociedades anónimas mediante concesión, de acuerdo con la Ley 10/1988, de 3 de mayo de Televisión Privada.

A la vista de todo lo anterior este Tribunal considera que carece de competencia para conocer del presente recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP ya que el órgano de contratación, formando parte del sector público, no tiene la consideración de poder adjudicador.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto Don J.M.E.V., en nombre y representación de la Asociación de Afectados por la Gestión de la Televisión Pública Madrileña (AGTPM), contra la desestimación presunta del Recurso Previo contra la Resolución de exclusión, relativo al “Servicio de emisión de la señal de Telemadrid y de La Otra para su adjudicación por procedimiento abierto” expediente: 2013/03 OP, por falta de competencia.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.