



Recursos nº 206/2011

Resolución nº 240/2011

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don M.F.G.B en nombre y representación de la mercantil Tui España Turismo, S.A. y Viajes Zoetrope, S.A. en Unión Temporal de Empresas contra el Acuerdo de la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A. por el que se adjudicó la contratación de los servicios necesarios para la organización, comercialización, gestión y ejecución de los turnos de vacaciones de diversa duración durante la temporada 2011-2012, objeto del Programa “Europe Senior Tourism”, con posible prórroga a dos temporadas más a Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón, S.A. en Unión Temporal de Empresas (Eurosenior), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 11 de junio de 2011, la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y la Tecnología Turísticas, S.A. (en adelante, SEGITTUR) publicó en el DOUE Nº S/112 de 11 de junio de 2011 anuncio de licitación para la contratación de los servicios necesarios para la organización, comercialización, gestión y ejecución de los turnos de vacaciones de diversa duración durante la temporada 2011-2012, objeto del Programa “Europe Senior Tourism”, con posible prórroga a dos temporadas más.

Segundo. El día 28 de junio de 2011 finalizó el plazo de presentación de las ofertas, habiéndose presentado las empresas Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón, S.A. en UTE (Eurosenior), Tui España Turismo, S.A. y Viajes Zoetrope, S.A. en UTE y Viajes El Corte Inglés, S.A.

Tercero. Con fecha 18 de julio de 2011, y una vez concluidas las actuaciones de la Comisión de Contratación, el Presidente de SEGITTUR, en su condición de órgano de contratación de la Sociedad, acordó la adjudicación del contrato, de conformidad con la propuesta elevada por aquella, a Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y viajes Halcón, S.A. en UTE (Eurosenior) por ser la oferta más ventajosa en su conjunto para SEGITTUR.

Cuarto. Con fecha 20 de septiembre de 2011, Tui España Turismo, S.A. y Viajes Zoetrope, S.A. en UTE interpusieron ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación (números 206/2011) contra el Acuerdo del Presidente de SEGITTUR de 18 de julio de 2011, de adjudicación del contrato de referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. Constituye el objeto del recurso interpuesto el Acuerdo del Órgano de Contratación de SEGITTUR de fecha 18 de julio de 2011, por el que se adjudicó a Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón, S.A. en UTE (Eurosenior) el contrato de “Servicios necesarios para la organización, comercialización, gestión y ejecución de los turnos de vacaciones de diversa duración durante la temporada 2011-2012, con posible prórroga a 2 temporadas más”. La primera cuestión que procede abordar en la resolución del citado recurso, por ser fundamental para determinar su admisibilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es la procedencia o no de atribuir a SEGITTUR la condición de “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”*.

Pues bien, con base en el transcrito precepto legal y previo análisis de los elementos que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, determinan que pueda calificarse como mercantil o industrial el objeto y fines de determinadas entidades y organismos tales como las sociedades mercantiles estatales, la recurrente concluye, en su escrito de interposición del recurso, que SEGITTUR no reúne ninguno de los requisitos exigidos para definir su actividad como mercantil, ostentando, en consecuencia, la condición de poder adjudicador, y resultando el Acuerdo impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Este Tribunal no puede, sin embargo, compartir, las apreciaciones realizadas al respecto por la entidad recurrente, pues no considera que concurren en SEGITTUR las circunstancias que, cumulativamente, exige el artículo 3.3.b) del Ley 30/2007, de 30 de octubre, para su consideración como poder adjudicador; en concreto, la que realmente determina que una entidad ostente dicha condición y que es la consistente en que la entidad haya sido creada para satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil.

Es evidente que, al ser una sociedad de las contempladas en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, por estar participada íntegramente en su capital por la Administración General del Estado (Dirección General del Patrimonio del Estado) y ser está su accionista único, se cumplen los requisitos contemplados en el último inciso del citado artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (*"..., 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"*), al menos por lo que respecta al control de la gestión de la Sociedad, pues son diversas las competencias que relacionadas con dicho control ostentan, por prescripción legal (artículos 166 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre), tanto el Consejo de Ministros como el Ministerio de tutela (el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 13 de octubre de 2005), la Intervención General de la Administración del Estado (a la que se encuentra atribuido el control económico-

financiero de aquella, de acuerdo con los artículos 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y 17 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) y la propia Dirección General del Patrimonio del Estado, a la que corresponde autorizar o manifestar su no oposición respecto de determinados actos o decisiones societarias, proponer las personas que deben ocupar los distintos cargos existentes en los órganos de gobierno de la sociedad, supervisar la información económico-financiera o de todo orden que la sociedad deba remitir....Sin embargo, la mera concurrencia de los requisitos señalados en el último inciso del artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no determina que la entidad ostente la condición de poder adjudicador (en su caso, lo que implicará es que la entidad está comprendida en el sector público y, por tanto, le será de aplicación la Ley de Contratos del Sector Público).

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. En el presente caso, el análisis del objeto social y fines de SEGITTUR, así como del resto de circunstancias en el marco de las cuales dicha sociedad desarrolla su actividad, no permite concluir que la misma tenga por finalidad satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Dicho concepto "*necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil*" que utiliza la Ley de Contratos del Sector Público 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 C- 260/99; 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.

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 SEGITTUR está llamada a satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil, en el bien entendido de 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. Así se deduce del propio tenor literal del artículo 3.3.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

A tales efectos, resulta imprescindible, siguiendo la jurisprudencia europea, atender al objeto social de SEGITTUR, dado que será el indicador de las necesidades para cuya consecución se constituyó la Sociedad; en este sentido, el objeto social de SEGITTUR, definido en el artículo 2 de sus Estatutos sociales, es el siguiente: “...*la realización de cuantas actividades sean precisas para el diseño, implantación, gestión, organización, administración, desarrollo y, en general, de todas aquellas que tengan como objetivo la promoción turística y el apoyo a la comercialización de los productos y servicios turísticos, mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y, en especial, en el ámbito de Internet, de todas las relacionadas con el Portal de Promoción Turística de España...*”, así como “... *el desarrollo de cuantas actividades sean necesarias para mejorar la eficacia y asegurar de modo permanente los mayores niveles de profesionalidad del sector turístico español mediante la investigación, el desarrollo, la innovación y el uso de las nuevas tecnologías, proporcionándole especialmente instrumentos que faciliten y generalicen su acceso a las mismas...*”, entre otras actividades.

A la vista del precepto que acaba de transcribirse parcialmente, puede concluirse que SEGITTUR fue creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial y mercantil, en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

La actividad de SEGITTUR está centrada en la prestación de servicios de promoción del sector turístico, comunicación, apoyo a la comercialización, desarrollo e innovación tecnológica tanto para el sector público (estatal, autonómico, local, incluso para otros países) como para el sector privado, debiendo apreciarse en tales funciones un carácter industrial y mercantil, y ello en razón de que las mismas no están vinculadas a potestades públicas. En efecto, una cosa es la potestad pública de planificación, desarrollo y coordinación de las políticas turísticas del Estado y otra distinta las actuaciones materiales de ejecución de las mismas, en las cuales tienen, obviamente, cabida las empresas privadas, actuaciones en las que quedan enmarcadas las funciones y actividades que el artículo 2 de los Estatutos de SEGITTUR atribuye a esta sociedad, que se sitúa así en un mismo plano que las empresas privadas.

En segundo lugar, no existe en la normativa vigente previsión alguna que reserve con carácter exclusivo a SEGITTUR las actuaciones precisas para ejecutar los planes, programas o medidas que desde la Administración General del Estado puedan aprobarse, confirmando la propia realidad la existencia y actuación de competidores en el mismo mercado, incluso cuando presta servicios a la Administración General del Estado y a sus Organismos Públicos vinculados o dependientes en virtud de encomiendas de gestión. En este sentido, SEGITTUR actúa en áreas de actividad económica en las que la competencia es plena, como son las TIC, el marketing, la promoción y comercialización de bienes, productos y servicios turísticos, la investigación, desarrollo e innovación, la formación y el tratamiento y difusión de información, entre otros.

Finalmente, debe añadirse también, que los precios de los bienes y servicios de la Sociedad no se fijan por órganos del poder público, sino que se establecen atendiendo a las leyes de la oferta y la demanda (también en los casos en los que los servicios se prestan a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos vinculados o dependientes en virtud de encomiendas de gestión), en concreto, a los costes directos de adquisición y/o producción del bien o servicio de que se trate, a los costes indirectos que le son imputables y al adecuado margen que cubra desviaciones, imprevistos y rentabilidad, intentando que sus precios sean siempre competitivos en el mercado. No existen, de otra parte, reconocidos en el Ordenamiento Jurídico, mecanismos para compensar las pérdidas económicas en que pueda incurrir la Sociedad, de forma que

ésta no soporte el riesgo de sus actividades. De hecho, la Sociedad fue objeto de diversas ampliaciones de capital íntegramente suscritas por la Administración General del Estado (Dirección General del Patrimonio del Estado) en los primeros años desde su creación, acaecida en 2002, con objeto de impulsar, al principio, su crecimiento, no habiéndose repetido, sin embargo, tales operaciones financieras desde el año 2006. Las fuentes de financiación de la Sociedad se circunscriben, desde entonces, a los recursos propios de la misma y, de forma principal, a los ingresos derivados de las ventas, lo cual evidencia, frente a las alegaciones en contrario realizadas por la parte recurrente, el ánimo de lucro que, por razones obvias, debe estar presente en la actividad de SEGITTUR.

De todo lo anterior resulta, y así debe valorarse, el carácter mercantil de la función para la que ha sido creada SEGITTUR, siendo ésta una entidad del sector público a efectos del apartado 1 del artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, pero no ostentando 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 310.1 de la citada Ley.

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 Don M.F.G.B en nombre y representación de la mercantil Tui España Turismo, S.A. y Viajes Zoetrope, S.A. en Unión Temporal de Empresas contra el Acuerdo de la Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S.A. por el que se adjudicó la contratación de los servicios necesarios para la organización, comercialización, gestión y ejecución de los turnos de vacaciones de diversa duración durante la temporada 2011-2012, objeto del Programa “Europe Senior Tourism”, con posible prórroga a dos temporadas más a Viajes Iberia, S.A., Viajes Barceló, S.L. y Viajes Halcón, S.A. en Unión Temporal de Empresas (Eurosenior), por no ser competente para su conocimiento y resolución el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Segundo. Levantar, si continuase, la suspensión del acuerdo de adjudicación.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.