



Recurso nº 074/2010

Resolución nº 28/2011

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

En Madrid a 9 de febrero de 2011

VISTO el recurso interpuesto por Don J. F. G. en representación de TOURISM & LEISURE ADVISORY SERVICES S.L. el día 27 de diciembre de 2010 contra la resolución del Presidente del Instituto de Turismo de España del día 2 de diciembre del mismo año, por la que se adjudicaba provisionalmente el contrato para la ejecución del "Servicio de consultoría para la realización de un plan estratégico de marketing 2011-2014 del Instituto de Turismo de España, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Secretaría General del Instituto de Turismo de España, convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, el día 8 de Septiembre de 2010, licitación para adjudicar por procedimiento restringido el contrato de servicios citado, en la que presentó oferta la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y Real Decreto 817/2009, de 8 de Mayo, acordándose en resolución de 12 de noviembre de 2010, notificada a la recurrente el día 15 del mismo mes, la exclusión del procedimiento por haber incluido en el sobre correspondiente a la documentación relativa a los criterios cuya valoración no depende de la aplicación fórmulas la oferta económica; posteriormente, mediante resolución del Director General de Turespaña acutando por delegación del Presidente del Instituto, de fecha 2 de diciembre de 2010 se procedió a la adjudicación provisional a favor de THR, INTERNATIONAL TOURISM CONSULTANTS.

Tercero. Contra dicha resolución la entidad indicada ha interpuesto recurso ante este Tribunal mediante escrito presentado el día 27 de diciembre de 2010 en el registro del órgano de contratación por el que solicita, en primer lugar que se anule la adjudicación por haber recaído en una empresa que intervino en la elaboración de las especificaciones técnicas y que se declara, igualmente nula, la exclusión del procedimiento, adjudicándosele el contrato a la recurrente.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a los restantes comparecientes en la licitación de referencia, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, de estimarlo oportuno, formulara las alegaciones que a su derecho convinieran sin que se haya evacuado este trámite por los interesados.

Quinto. Con fecha 6 enero de 2011, el Tribunal acordó levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto, sin embargo, que el recurso fue presentado el día 27 de diciembre de 2010, encontrándose ya vigente la Ley 34/2010, de 5 de agosto por la que se reforma el recurso especial en materia de contratación toda vez que ésta, de conformidad con su disposición final tercera, había entrado en vigor el día 10 de septiembre.

A tenor de ello, debe considerarse de aplicación lo establecido en la disposición transitoria tercera: *“En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles*

de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

De cuanto antecede debe concluirse que al haberse dictado la resolución de adjudicación provisional recurrida después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, es de plena aplicación la disposición transcrita y por consiguiente el recurso especial en materia de contratación a interponer debe ser el resultante de la reforma efectuada por dicha Ley y no el anteriormente regulado por el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su primitiva redacción.

Consecuencia de ello es que, no estando atribuida la competencia para resolver el recurso al órgano de contratación sino a este Tribunal, es él quien debe conocer del presente recurso y dictar la resolución que proceda en el mismo.

Frente a este criterio no cabe interpretar la disposición transitoria tercera en el sentido de que ofrece a los recurrentes la posibilidad de optar entre el recurso anterior y el regulado por la Ley en base a que la citada disposición dice literalmente que a partir de la entrada en vigor de la reforma **“podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”**. Muy al contrario, esta disposición no puede entenderse en el sentido de que la Ley ha otorgado el citado derecho de opción a los licitadores e interesados en general en una licitación para elegir entre uno u otro de los procedimientos de recurso, pues de interpretarse de esta forma en la disposición transitoria citada se estaría consagrando el derecho de los administrados a elegir entre la aplicación o no de los preceptos de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto tantas veces citada.

La mencionada Directiva exige que la resolución de los recursos se atribuya a la competencia de los órganos jurisdiccionales o a un órgano administrativo de carácter independiente, condición esta última que evidentemente no concurre en el órgano de contratación. Por consiguiente, habida cuenta de que en el momento de interponer el

presente recurso, el plazo para la incorporación a nuestro derecho de la Directiva había vencido es obligatorio dar a la norma a través de la cual se ha hecho la incorporación, una interpretación lo más ajustada posible a la puesta en aplicación de los preceptos de la Directiva. Esto, por supuesto, en el caso que nos ocupa no puede hacerse de otra forma más que atribuyendo la competencia para resolver el recurso a este Tribunal en todo caso, sin admitir la posibilidad de que los recurrentes puedan elegir cuál de los dos procedimientos desean que se aplique.

Sentado esto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 110.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”* procede dar al presente recurso el tratamiento previsto en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la determinación de si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que de conformidad con lo establecido en el artículo 310 de la ley de Contratos resultan susceptibles de recurso en esta vía.

Al respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/2010 de 28 de septiembre del presente año de conformidad con el cual: *“La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional. A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a*

la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las incidencias que desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación durante el período que transcurre entre ellas de los diferentes documentos a que se refería el párrafo segundo del artículo 135.4 de la Ley en su redacción anterior. Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la interposición del recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España. Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento. Consiguientemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización". Sentando como conclusión de todo ello que "contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público salvo

el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite”.

Esta doctrina es plenamente asumida en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal. Como consecuencia de ello debe entenderse que contra la adjudicación provisional sólo puede aceptarse la posibilidad de interponer recurso cuando pueda considerarse incluida en alguno de los supuestos en que, con arreglo al artículo 310.2, letra b) de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe interponer recurso contra los actos de trámite. Tales supuestos se refieren a los actos que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Es evidente que en el caso objeto del presente recurso, la adjudicación provisional, una vez hecha, no podría subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores pues ni decide sobre la adjudicación (ésta se acordará en la adjudicación definitiva), ni produce indefensión o perjuicio irreparable, porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación definitiva, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada pudiendo ser adjudicatario mientras no se resuelva definitivamente sobre la adjudicación.

Cuarto. La argumentación anterior lleva necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso en cuanto a las alegaciones que tienen por objeto la impugnación de la resolución de adjudicación provisional, sin perjuicio de que una vez acordada la adjudicación definitiva el recurrente pueda interponer recurso contra la misma si concurrieran motivos para ello.

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 por haber sido interpuesto contra acto de trámite no susceptible de ser recurrido al no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 310.2, letra b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la ley mencionada, si no se hubiera hecho ya en el trámite previsto al efecto en el artículo 316.3 de la misma.

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.

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 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.