



Recurso nº 40/2016

Resolución nº 110/2016

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

En Madrid, a 5 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. P. G. y D. E. G. M., en nombre y representación de T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación del lote nº 1 del contrato denominado “Prestación de los servicios de Centro de Proceso de Datos (CPD), Infraestructuras y Operaciones Informáticas para ICEX y la Red Exterior y Territorial de la Secretaria de Estado de Comercio durante cuatro (4) años”, expte. P.E. 177/2015, convocado por ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La entidad pública empresarial ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES (en adelante, ICEX) convocó licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para contratar el servicio indicado en el encabezamiento de esta resolución, dividido en tres lotes y con un plazo de ejecución de 48 meses. La licitación fue objeto de publicidad en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los días 15 y 10 de septiembre de 2015, respectivamente. El valor estimado del contrato asciende a 22.330.000 euros.

Segundo. La recurrente presentó oferta al lote nº 1, denominado “Servicios centralizados: Centro de Proceso de Datos y Salas Técnicas” de valor estimado 3.660.000 euros, habiendo presentado también oferta a este lote las mercantiles TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA S.A.U., INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. e ITCONIC, S.A.



Tercero. Por acuerdo del Consejo de Administración de ICEX de 1 de diciembre de 2015, se adjudica el mencionado contrato. El lote nº 1 fue adjudicado a la oferta integradora presentada por INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de diciembre posterior.

Cuarto. La mercantil T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U formula recurso especial en materia de contratación, contra la adjudicación del lote nº 2, mediante escrito presentado en el registro de ICEX el 28 de diciembre de 2015, previa la presentación del anuncio del mismo el día 23 de diciembre en el mismo registro.

Quinto. El órgano de contratación puso a disposición de este Tribunal, los escritos de anuncio, recurso y el informe preceptivo al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiéndose, en cuanto a la documentación integrante del expediente de contratación a la que obraba ya en poder del Tribunal con ocasión de los recursos especiales nº 1271 y 1307/2015, referidos a la misma licitación.

En el infome elaborado por el ICEX, el 20 de enero de 2016, tras exponer los antecedentes de hecho del procedimiento que nos ocupa, se alude a nuestra reciente resolución nº 1164/2015, de 18 de diciembre, que declaró la inadmisión del recurso nº 1224/2015 a patir de la no consideración del ICEX como poder adjudicador. El órgano reitera seguidamente los argumentos vertidos en los informes relativos a los recursos especiales tramitados bajo números 1271/2015, 1301/2015 y 1307/2015 que en la fecha de emisión aún se encontraban pendientes de resolver y que abundan en la tesis acogida por los dictámenes del Consejo de Estado, de 28 de noviembre de 2014 y de 14 de noviembre de 1995, así como por varios informes de la Abogacía General del Estado y un informe del Tribunal de Cuentas, que vienen a negar la naturaleza jurídica del ICEX como poder adjudicador.

Sexto. En resolución adoptada el 22 de enero de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó levantar la suspensión del procedimiento de contratación, que se había producido automáticamente conforme a lo previsto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.



Primero. Procede, con carácter previo al análisis de cualquier otra cuestión derivada del recurso, abordar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso planteado y determinar si concurren los requisitos exigidos en los artículos 40.1 y 41.5 del TRLCSP en relación con el artículo 3.3 apartado b) del mismo texto.

La recurrente, sabedora de las discrepancias en torno a la naturaleza jurídica del ICEX, sostiene la competencia del TACRC, haciendo mención a nuestra resolución nº 231/2014, de 24 de marzo, en la cual este Tribunal, analizados los fines de esa entidad, se pronunció sobre el fondo del recurso planteado, admitiendo como paso previo que concurrían las notas distintivas de los poderes adjudicadores, en particular, haber sido creado para la satisfacción de necesidades de interés general que no poseían carácter mercantil o industrial por no cubrirse mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado.

Ciertamente, en nuestra resolución nº 231/2014, de 21 de marzo, tras analizar los fines de la entidad, se consideró que el ICEX ostentaba la naturaleza jurídica de poder adjudicador al reunir el triple requisito legalmente establecido de i) tener personalidad jurídica; ii) haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; iii) que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador 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. Requisitos, como es sabido, definitorios del concepto de “organismo de derecho público” presente en la Directiva 2004/18/CE e interpretados profusamente por la Jurisprudencia del TJUE.

No obstante, es preciso traer a colación que con posterioridad a la resolución nº 231/2014, se ha emitido por el Consejo de Estado en Pleno el Dictamen nº 929/2014, de 27 de noviembre –aportado por la entidad contratante a este procedimiento- en contestación a consulta formulada por ésta sobre si debe considerarse o no al ICEX como poder adjudicador en los términos previstos en el TRLCSP. El criterio sentado en este último informe, ha sido plasmado en nuestras más recientes resoluciones, véase la dictada con nº1164/2015, de 18 de diciembre y las referidas al mismo procedimiento de contratación al que alude el presente recurso, con números 42 y 57/2016, todas ellas de 22 de enero, cuyas conclusiones se acogen de nuevo en este supuesto. Decíamos, en la resolución nº



57/2016, al exponer la posición del Consejo de Estado en el citado informe de 27 de noviembre de 2014:

“Sostiene al respecto el alto órgano consultivo, una conclusión similar a la vertida en el Dictamen de 14 de diciembre de 1995, emitido según el régimen de la entonces vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, abordando ahora la cuestión en consideración al nuevo marco legal en materia de contratación pública y a la evolución normativa del ICEX, a través de los Reales Decretos-leyes 4/2011, de 8 de abril, de medidas urgentes de impulso a la internacionalización mediante la creación de la entidad pública empresarial ICEX y 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Analizando los criterios expuestos por la jurisprudencia comunitaria y su aplicación al régimen jurídico del ICEX, concluye el Consejo de Estado en Pleno lo siguiente:

“En definitiva, atendidos los tres requisitos que tanto las Directivas de la UE como el TRLCSP exigen para ser considerado poder adjudicador sometido al más intenso grado de aplicación de las reglas sobre contratos públicos, y sin negar la concurrencia de las dos primeras notas (personalidad jurídico pública y supervisión y control por el Ministerio de Economía y Competitividad), no sucede así con el haber sido creado "específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil". Antes bien, ICEX España Exportación e Inversiones desarrolla mayoritariamente su actividad en un entorno de mercado, con un régimen de propiedad empresarial y, decisivamente, atendiendo a necesidades de carácter primordialmente mercantil, cuales son las que consisten en la promoción activa del comercio exterior, la organización de ferias y prestación de otros servicios y, para decirlo en los términos del artículo 3.1 de su Estatuto, todas las relacionadas con la "promoción de la internacionalización de la economía y de la empresa española y la mejora de su competitividad, así como la atracción y la promoción de las inversiones extranjeras en España".

Todo lo anterior entronca con la concepción del ICEX como poder no adjudicador que sostuvo el dictamen de este Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1995, que lo excluyó del ámbito de aplicación de la LCAP no "porque tenga la condición de comerciante



(...) ni porque efectúe operaciones de comercio (...) sino porque [ha] sido creado para servir necesidades de interés general de carácter mercantil".

Y todo ello, en fin, no ha sido derogado sino más bien fortalecido por los cambios operados en el ICEX a través del Real Decreto-ley 4/2011, y su modificación por el Real Decreto-ley 20/2012. Queda reforzado el carácter mercantil de las necesidades que viene a cubrir, según la exposición de motivos del primero, porque "el ICEX debe convertirse -dijo- en una entidad más moderna y eficaz, que funcione con criterios más próximos a los empresariales, y de manera más ágil y flexible para adaptarse a las prioridades cambiantes de la política de apoyo a la internacionalización". Y de conformidad con el segundo, pasó a denominarse ICEX España Exportación e Inversiones porque "sus actividades -todas ellas de interés general- sirven a la promoción de la internacionalización de la economía española en su conjunto, y por ello se amplían sus fines incluyendo el relativo a la atracción y promoción de inversiones extranjeras en España".

Segundo. Visto lo anterior, cabe concluir, al igual que en los casos anteriormente citados, que el ICEX no ostenta la condición de poder adjudicador prevista en el artículo 3.3 apartado b) del TRLCSP, al ser creado específicamente para para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil, por lo que los actos que dicte en materia de contratación no son susceptibles de recurso especial ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 del TRLCSP.

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 D. A. P. G. y D. E. G. M., en nombre y representación de T-SYSTEMS ITC IBERIA, S.A.U., contra el acuerdo de adjudicación del lote nº 1 del contrato denominado "Prestación de los servicios de Centro de Proceso de Datos (CPD), Infraestructuras y Operaciones Informáticas para ICEX y la Red Exterior y Territorial de la Secretaria de Estado de Comercio durante cuatro (4) años", expte. P.E. 177/2015, convocado por ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES,



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 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante 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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.