



Recurso nº 1271/2015

Resolución nº42/2016

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

En Madrid, a 22 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. P.A.R.P., en nombre y representación de HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación del lote nº 2 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, mediante su división en tres lotes y por un plazo de ejecución de 48 meses. El anuncio fue publicado 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 es de 22.330.000 euros.

Segundo. La recurrente presentó oferta al lote nº 2, “Servicios distribuidos, puestos de trabajo y formación”, lote al que también presentaron proposición las empresas TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA S.A.U., (en adelante TELEFÓNICA) e INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A. (en adelante IECISA), siendo la de esta última una oferta integradora de los tres lotes.

Tercero. Por acuerdo del Consejo de Administración de ICEX de 1 de diciembre de 2015, se adjudica el mencionado contrato. En concreto, el lote nº 2 fue adjudicado a la oferta presentada por INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A., por importe de 14.401.148,70 euros.

Cuarto. El 15 de diciembre de 2015, se presenta en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recurso interpuesto por D. P.A.R.P., en nombre y representación de HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U., (en adelante HP o la recurrente), contra el citado acuerdo de adjudicación del lote nº 2, previa la presentación en el mismo registro, el día anterior, de anuncio de recurso acompañado de una solicitud de medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

Quinto. El órgano de contratación remitió al Tribunal, el 18 de diciembre de 2015, copia del expediente de contratación acompañado de informe al recurso, siguiendo lo preceptuado en el artículo 46.2 del TRLCSP. En el informe, la entidad contratante argumenta de entrada por extenso sobre la naturaleza jurídica del ICEX como poder no adjudicador, y cita, en defensa de esta calificación dos dictámenes del Consejo de Estado, varios informes de la Abogacía General del Estado así como un informe del Tribunal de Cuentas que concluyen con este parecer. Finaliza su informe, solicitando se declare la falta de competencia de este Tribunal para conocer del asunto.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso a las otras dos empresas licitadoras, a fin de que pudieran formular las alegaciones que a su derecho conviniese, habiendo sido presentadas tanto por IECISA como por TELEFÓNICA. La primera de ellas, solicita la desestimación del recurso interpuesto, sin hacer consideración alguna sobre la competencia, mientras que TELEFÓNICA sostiene la competencia de este Tribunal para conocer del recurso, basándose en la consideración del ICEX como poder adjudicador, que fue asumida por nuestra resolución nº 231/2014, de 21 de marzo e insta la nulidad del procedimiento de licitación.

Séptimo. En resolución adoptada el 14 de enero de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó levantar la suspensión del procedimiento, que se había producido de forma automática conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, en lo que respecta al lote nº 2 impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Procede, con carácter previo al análisis de cualquier otra cuestión, 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 afirma que concurre la competencia del TACRC prevista en el citado artículo por ser el ICEX “*una entidad pública empresarial integrada en el sector público estatal*”, si bien, no bastando con dicha integración en el sector público para su consideración como poder adjudicador, (cfr. artículos 3.1 y 3.3 b) del TRLCSP), es preciso analizar si concurren los requisitos previstos en este último precepto en relación con la categoría en cuestión, extremo negado por ICEX.

En nuestra resolución nº 231/2014, de 21 de marzo, como es recordado por una de las licitadoras en sus alegaciones, 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 interpretado profusamente por la Jurisprudencia del TJUE.

No obstante, con posterioridad a la resolución nº 231/2014, se ha emitido por el Consejo de Estado, Dictamen nº 929/2014, de 27 de noviembre, en contestación a consulta formulada por ICEX sobre si debe considerarse o no a éste como poder adjudicador en los términos previstos en el TRLCSP. El criterio sentado en este último informe, ha sido plasmado en nuestra reciente resolución nº 1164/2015, de 18 de diciembre.

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. Siguiendo el criterio mantenido en el citado Dictamen, se considera 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. P.A.R.P., en nombre y representación de HEWLETT-PACKARD SERVICIOS ESPAÑA, S.L.U., contra el acuerdo de adjudicación del lote nº 2 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.