



Recurso nº 009/2011

Resolución nº 036/2011

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

En Madrid, a 24 de febrero de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don J. A. M. G. en representación de OBRASCÓN, HUARTE, LAIN S.A., Don J. P. S. B. en representación de FERROVIAL AGROMAN S.A., Don J. M. V. F., en representación de OBRAS E INGENIERÍA SOSTENIBLE Y AMBIENTAL S.L. y Don A. G. C. R. en representación CONSTRUCCIONES GARCÍA DE CELIS S.L., todos ellos constituidos en Unión Temporal de Empresas el día 7 de febrero de 2011, contra la resolución de 31 de enero del mismo año dictada por la Junta General de la Sociedad del Palacio de Exposiciones y Congresos de León S.A., por la que se adjudicaba el contrato de obras de “Construcción del Palacio de Exposiciones y Congresos de la Ciudad de León”, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

FUNDAMENTOS DE HECHO.

Primero. La Sociedad del Palacio de Exposiciones y Congresos de León S.A. convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 1 de Octubre de 2010 y en el Boletín Oficial del Estado, el 20 de los mismos mes y año, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de obras de “Construcción del Palacio de Exposiciones y Congresos de la Ciudad de León” en la que presentó oferta la Unión Temporal de Empresas 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, resolviéndose mediante resolución de la Junta General de la Sociedad indicada como órgano de contratación de la misma procediendo

a la adjudicación en favor de la Unión Temporal de Empresas constituida por FCC CONSTRUCCIÓN S.A. y DRAGADOS S.A.

Tercero. Contra dicha resolución la Unión Temporal de Empresas indicada ha interpuesto recurso ante este Tribunal mediante escrito presentado el día 7 de febrero de 2011 en el registro del mismo, al amparo del artículo 314 de la Ley de Contratos del Sector Público antes citada, por el que solicita se declare la nulidad del acto de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación y se interpone ante este Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo 311.1 de la Ley mencionada.

Segundo. Antes de entrar en el análisis de las diferentes cuestiones que plantea el recurso interpuesto, el Tribunal debe pronunciarse acerca de su competencia para conocer del mismo.

La Unión Temporal recurrente considera que es este Tribunal quien tiene atribuida la competencia en base a dos argumentos.

En primer lugar entiende que al no haberse creado por la Comunidad Autónoma de Castilla y León el órgano independiente con competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación contra los actos del procedimiento de adjudicación dictados por las Entidades Locales de su ámbito territorial, debe aplicarse la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009, en base a la cual no sería de aplicación la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, por ser contraria a la Directiva 2007/66/CE, al atribuir la competencia para resolver el recurso al propio órgano de contratación, que no tiene la condición de independiente. Así las cosas, la competencia debe ser atribuida a este Tribunal como órgano que reúne los requisitos legales exigibles para atribuirle la cualidad de independiente.

En segundo lugar, considera la Unión Temporal recurrente que por tratarse de un contrato subvencionado, la competencia para conocer de los recursos interpuestos contra los actos del procedimiento de adjudicación debe regirse por la norma del artículo 311.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en base a ello, entender que corresponde la competencia al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso. En consecuencia puesto que tanto la Administración del Estado como la Comunidad Autónoma de Castilla y León han subvencionado el contrato en lo misma cuantía, corresponde al recurrente la facultad de interponer el recurso ante el órgano competente en cualquiera de estos dos ámbitos.

A juicio de este Tribunal, sin embargo, ninguna de las dos argumentaciones puede servir de base para sostener su competencia para conocer del presente recurso.

Tercero. En primer lugar, porque no puede admitirse la afirmación de que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, es contraria a la Directiva 2007/66/CE. En efecto, la citada Directiva en su artículo 1.5 dispone que *“los Estados miembros podrán exigir que la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador. En tal caso, los Estados miembros velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato”*. Esto es precisamente lo que ha hecho la citada Disposición Transitoria Segunda para el caso de que las Comunidades Autónomas no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311, apartados 2 y 3, prever que en tales supuestos, los particulares interpongan previamente recurso ante el órgano de contratación y que su interposición comporte la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido. Así se deduce con toda claridad de la citada Disposición: *“En tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o en los artículos 109 a 111 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 310.1 y 2 de la primera o en el artículo 101.1 de la segunda, y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las siguientes normas: a) Serán recurribles los actos mencionados en el artículo 310.2 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, tal como queda redactado por esta Ley, cuando se refieran a alguno de los contratos que*

se enumeran en el apartado 1 del mismo artículo o, en su caso, los mencionados en el artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, asimismo en la redacción dada por esta Ley. b) La competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieran atribuida con anterioridad. c) Los recursos se tramitarán de conformidad con lo establecido en los artículos 312 a 318 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, o, en su caso, en los artículos 103 a 108 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, tal como quedan redactados por esta Ley”. Lo que esta Disposición hace no es sino rebajar, por así decir, la condición del recurso administrativo que pasa a ser un mero recurso previo al contencioso, si bien, en aplicación del artículo 1.5 de la Directiva que antes se ha transcrito si se interpusiera contra la adjudicación deberá llevar aparejada la suspensión del acto administrativo, tal como el mencionado precepto exige.

El recurso especial regulado como núcleo fundamental de la Directiva 2007/66/CE, no es, en este régimen, el que se interpone ante el órgano administrativo, que por supuesto no tiene la condición de independiente, sino el que se puede interponer ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ello se deduce del inciso de la letra d) de la Disposición Transitoria que se examina a tenor del cual *“las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas”*. Es decir que en este caso la interposición del recurso contencioso administrativo sí suspende, o por mejor decir, mantiene la suspensión, del acto administrativo impugnado a diferencia de lo que ocurriría si el órgano independiente ya se hubiera constituido.

Así pues, en base a los argumentos expuestos debe sentarse como conclusión que la Disposición Transitoria Segunda es plenamente acorde con la Directiva 2007/66/CE al atribuir el conocimiento de los recursos especiales en materia de contratación a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y establecer la suspensión automática de los actos impugnados.

Desde este punto de vista debe ser rechazada la competencia de este Tribunal.

Quinto. La segunda de las argumentaciones basa en el contenido del artículo 311.5 de la Ley de Contratos del Sector Público la competencia de este Tribunal para conocer del presente recurso. Dicho precepto establece: *“En los contratos subvencionados a que se refiere el último inciso del artículo 310.1 de esta Ley, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado”.*

Puesto que el contrato objeto del presente recurso ha sido financiado en más de un cincuenta por ciento con fondos procedentes de subvenciones otorgadas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y por la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León y en idéntica cuantía por ambas administraciones, debe considerarse, a juicio del recurrente, que el contrato es subvencionado y, en consecuencia, aplicar la disposición del último inciso del precepto transcrito en el párrafo anterior. Sin embargo, entender que el contrato tiene la consideración de subvencionado a los efectos de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Contratos del Sector Público implica desatender la correcta interpretación de este precepto. En efecto, el artículo 17 es transcripción del artículo 8 de la Directiva 2004/18/CE y tiene por objeto sujetar a las disposiciones de la Directiva, y consiguientemente de la Ley de Contratos del Sector Público, aquellos contratos que, aún siendo celebrados por particulares se financian mayoritariamente con fondos públicos. Sin embargo, esta circunstancia no concurre en el caso presente toda vez que la entidad que lo adjudica es un poder adjudicador por sí misma, de tal forma que la aplicación de las normas de la Directiva y la Ley mencionadas deriva directamente de lo establecido en el artículo 3.3, letra b) de la misma.

En consecuencia, siendo un poder adjudicador y estando sujeto a las normas de la Ley de Contratos del Sector Público por esta misma circunstancia, ningún sentido tiene convertir el contrato en subvencionado. A lo sumo debe considerarse como un contrato

cofinanciado por diversas Administraciones, siquiera se haya utilizado la fórmula de la subvención a la hora de articular el título jurídico de entrega de los fondos con objeto de garantizar en mejor forma la inversión.

Cuanto antecede nos lleva necesariamente a entender que para determinar qué órgano debe conocer del recurso que se examina debe estarse a lo dispuesto en el mismo artículo 311 a que se refiere la recurrente, pero no en su apartado 5 como pretende la recurrente, sino en el 4 a cuyo tenor *“cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido”*, lo cual nos lleva nuevamente a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y en consecuencia a atribuir la competencia para resolver el recurso administrativo previo al propio órgano de contratación, sin perjuicio de la posibilidad de interponer contra la resolución que se dicte recurso contencioso administrativo, que en esta ocasión llevará aparejada la suspensión del acto impugnado.

Quinto. Sentado lo anterior, resulta claro que el presente recurso debe inadmitirse remitiendo todo lo actuado al Ayuntamiento de León para que proceda en la forma que estime se ajusta a Derecho.

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 interpuesto por Don J. A. M. G. en representación de OBRASCÓN, HUARTE, LAIN S.A., Don J. P. S. B. en representación de FERROVIAL AGROMAN S.A., Don J. M. V. F., en representación de OBRAS E INGENIERÍA SOSTENIBLE Y AMBIENTAL S.L. y Don A. G. C. R. en representación CONSTRUCCIONES GARCÍA DE CELIS S.L., todos ellos constituidos en Unión Temporal de Empresas el día 7 de febrero de 2011 contra la resolución de 31 de enero del mismo año dictada por la Junta General de la Sociedad del Palacio de Exposiciones y Congresos de León S.A., por la que se adjudicaba el contrato de obras de “Construcción

del Palacio de Exposiciones y Congresos de la Ciudad de León”, por no corresponder a la competencia de este Tribunal la resolución del mismo, remitiendo al Ayuntamiento de León el expediente administrativo remitido, junto con la presente resolución, a fin de que siga el trámite que considere ajustado a derecho.

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 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.