

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Auren Consultores SP S.L.P. contra la propuesta de adjudicación y las actas de la Mesa de contratación de fecha 11 y 12 de agosto del contrato A/SER-030703/2019 seguido por Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid como Órgano de contratación del contrato “Información, formación y consultoría de proyectos sobre programas europeos de gestión directa y sobre programas operativos Interreg Sudoe e Interreg Europe” este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de enero de 2020 se publicó el anuncio de licitación del expediente de contratación arriba indicado en el Perfil de Contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y con fecha 28 de enero de 2020 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. El valor estimado del contrato es de 513.264 euros.

Segundo.- Se trata de un procedimiento restringido y el recurrente impugna actos del *iter* procedimental que lleva a la propuesta de adjudicación y en concreto:

1. El Acta de 11 de agosto de 2020 por el que se tiene por presentada oferta por parte de INNOVACIÓN DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A y AUREN CONSULTORES SP, S.L.P., requiriéndose además a la primera la subsanación de defectos u omisiones. Publicada el 13 de agosto. Esta acta tiene por presentadas las dos ofertas en liza. Textualmente:

“Por la presidencia de la Mesa de contratación se tiene ésta por constituida. A continuación, se procede a dar cuenta del número de ofertas presentadas indicándose el nombre de los licitadores recogidos en el certificado emitido por la unidad receptora de las mismas de fecha 10 de agosto de 2020. Han presentado oferta todas las empresas invitadas:

*1. INNOVACION DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A.
A41725748*

2. AUREN CONSULTORES SP, S.L.P. B87352340

A continuación, se da comienzo al descifrado, apertura y lectura de los archivos que contiene la documentación técnica relativa a los criterios de adjudicación cuya evaluación depende de un juicio de valor, con el siguiente resultado:

La empresa INNOVACION DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A. debe presentar la documentación técnica relativa a los criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor firmada por el representante legal de la empresa”.

2. El Acta de 12 de agosto de 2020 por la que se tiene por subsanada la documentación requerida a INNOVACIÓN DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A. Publicada el 13 de agosto. Textualmente:

“El acto comienza con la calificación de la documentación requerida a la empresa INNOVACION DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A. para subsanar los defectos u omisiones apreciados por la Mesa en su reunión de fecha 11 de agosto de 2020 con el siguiente resultado: La empresa ha subsanado

correctamente la documentación”

3. El Acta de 13 de agosto de 2020 por la que “*se propone la adjudicación del contrato a favor de: INNOVACION DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A.*” .Publicada el 13 de agosto.

Tercero.- El recurso especial en materia de contratación se presenta el 31 de agosto, fundado en la indebida retroacción de las actuaciones del procedimiento y admisión de la documentación de la recurrida, que debiendo haber sido excluida de la licitación no hubiera sido propuesta como adjudicataria.

Cuarto.- El 8 de septiembre de 2020 el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). El propuesto como adjudicatario presenta alegaciones el 17 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un empresario licitador y eventual adjudicatario de estimarse sus pretensiones cuyos “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación tras subsanación ratificando persona con poder bastante el recurso.

Tercero.- El recurso especial contra la propuesta de adjudicación se planteó en tiempo y forma, pues la propuesta de adjudicación y las actas se publican el 13 de agosto y el recurso se interpone el día 31, encontrándose dentro de los quince días hábiles prescritos por el artículo 50.1.d) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la propuesta de adjudicación y las actas de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto no es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) en relación con el 44.2.c) de la LCSP, tal y como se expresa a continuación.

Quinto.- Toda la argumentación gira en torno a la indebida admisión al procedimiento de la empresa propuesta como adjudicataria, de ahí que se impugnen los actos en que se concretó la misma, junto con la propuesta de adjudicación.

En realidad, se impugna la actuación de la Mesa de contratación que ordenó retrotraer las actuaciones, para que los licitadores presentaran solicitud de participación en un procedimiento restringido. Tal y como consta en acta de la Mesa de contratación de fecha 11 de junio:

“El pasado 27 de mayo se publicó y notificó la orden de invitación para participar en el procedimiento a los licitadores que cumplieran con los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares respecto a su solvencia y personalidad. Las empresas a las que se invitó fueron:

*1. INNOVACIÓN DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA S.A
(en adelante IDETRA)*

2. AUREN CONSULTORES SP, S.L.P. (en adelante AUREN)

A su vez, se realizaron los trámites pertinentes en los sistemas informáticos de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid, (NEXUS y LICIT@), resultando que no se pudo cursar la invitación a la empresa IDETRA.

Este hecho se comunica a los servicios técnicos y estos informan que dicha empresa no presentó “solicitud de participación” en el programa LICIT@, en fase de documentación administrativa y que por tanto, técnicamente, la aplicación informática no puede seguir incluyéndole en el procedimiento.

Se procede a consultar este extremo en el programa informático y se obtiene el siguiente resultado:

1. IDETRA no aportó solicitud de participación ni colgó otro documento en el apartado correspondiente.

3. AUREN CONSULTORES SP S.L.P. No aportó solicitud de participación pero colgó otro documento en el apartado correspondiente.

Por ello se aprecian dos casuísticas distintas para las dos empresas invitadas a participar (solo se examina el caso de estas dos empresas ya que el resto no fueron invitadas a participar por no cumplir con los requisitos establecidos en el pliego), comprobándose que ninguna aportó la solicitud de participación:

- IDETRA no aportó solicitud de participación, ni colgó ningún documento en su lugar y por tanto el programa no deja que continúe en el procedimiento.

- AUREN no aportó solicitud de participación, pero el programa dejó continuar porque se había colgado algún documento en el apartado correspondiente.

Una vez examinados estos hechos y de conformidad con lo establecido en el artículo 160 de la LCSP cuyos apartados 1 y 2 señalan respectivamente “1. En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación y 2. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el Órgano de contratación, La Mesa decide elevar al Órgano de contratación propuesta de retrotraer las actuaciones hasta el momento en que la mesa debió conceder plazo para subsanar la documentación administrativa a las empresas que no habían aportado la solicitud de participación, tal y como establece el artículo 141.2 al apreciar la Mesa que nos encontramos ante un defecto subsanable”

Argumenta la recurrente que no es necesaria la solicitud de participación en el procedimiento restringido, razón por la cual al admitir el sistema informático continuar el procedimiento con la documentación presentada por la misma, no debió darse la oportunidad a la propuesta como adjudicataria de continuar en el mismo requiriendo la presentación de la solicitud de participación, por lo que debió ser excluida, quedando ella como única licitadora. De ahí su legitimación, porque la exclusión de la propuesta como adjudicataria decidiría indirectamente el procedimiento al quedar ella como única empresa en liza. Afirma el recurrente que el art. 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, permite expresamente que el recurso se dirija contra la admisión de licitadores y ofertas argumentando que “al haber sólo dos licitadores, la admisión de la IDETRA en el presente caso decide directamente sobre la adjudicación y produce un perjuicio irreparable para los derechos de esta parte, pues si se rechazara, tal y como pretendemos, el contrato resultaría adjudicado” a la recurrente. Señala que habiendo presentado un documento que le dejó seguir en la tramitación informática, aunque no fuera la solicitud, manifestó su voluntad de participar y debió dársele solo a él plazo de subsanación.

Esta interpretación es conforme con la doctrina jurisprudencial europea, citada en nuestra Resolución 36/2020 de 30 de enero, por ejemplo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik y Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Asunto C-131/16): “(...). *En efecto, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento. Por otro lado, en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato (véase la sentencia de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 27). En tales circunstancias, debe reconocerse al licitador que ha interpuesto el recurso un interés legítimo en que se excluya la oferta del adjudicatario, que puede llevar, en su caso, a que se determine que la entidad adjudicadora no puede proceder a la selección de una oferta adecuada (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de*

julio de 2013 (TJCE 2013, 222), Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, apartado 33, y de 5 de abril de 2016 (TJCE 2016, 125), PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 24)”.

Respecto de este motivo, que basa la impugnación de las dos actas arriba consignadas, el artículo 161.2 de la LCSP señala que:

“2. Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el Órgano de contratación”.

En cuanto a la invitación para presentar proposiciones señala el artículo 162.4 de la LCSP:

“4. El Órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 164”

El procedimiento se articula en dos fases. En la primera, todos los empresarios pueden solicitar participar, y en la segunda pero sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, hayan sido previamente seleccionados por el Órgano de contratación.

En la primera fase son seleccionados el recurrente y el propuesto como adjudicatario, pero no consta la invitación a este último, con lo que se omite la presentación de la solicitud que acompaña a la proposición por el mismo y cualquier otra documentación, y el sistema informático no permite su continuidad en el procedimiento. Habiendo obviado este requisito la Mesa, retrotrae sus actuaciones, entendiendo que la solicitud es un requisito subsanable conforme al artículo 141.2 de la LCSP, dando plazo a los dos.

Siendo esta actuación correcta y favoreciendo a los dos porque el recurrente tampoco había presentado la solicitud, aunque sí un documento que permitió al mismo continuar con el procedimiento, procede desestimar la impugnación de los Acuerdos consignados en las actas de 11 y 12 de agosto consignados en antecedentes.

No obstante, como hemos señalado reiteradas veces la propuesta de adjudicación no es recurrible de moto autónomo en cuanto no causa estado hasta ser admitida por el Órgano de contratación. Lo recurrible es la adjudicación, tal y como señala el artículo 44.2.c) de la LCSP que afirma que son recurribles “los acuerdos de adjudicación”.

Y el procedimiento restringido no es excepción a esta regla, ya que *“en la adjudicación del contrato será de aplicación lo previsto en esta Ley para el procedimiento abierto, salvo lo que se refiere a la necesidad de calificar previamente la documentación a que se refiere el artículo 140”* (artículo 165). En el procedimiento abierto la Mesa eleva su propuesta al Órgano de contratación (artículo 150.1 LCSP). *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el Órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión “(artículo 157.6 LCSP).*

Procede pues inadmitir el recurso contra la propuesta de adjudicación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Auren Consultores SP S.L.P. contra la propuesta de adjudicación del contrato A/SER-030703/2019 seguido por Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid como Órgano de contratación del contrato “Información, formación y consultoría de proyectos sobre programas europeos de gestión directa y sobre programas operativos Interreg Sudoe e Interreg Europe” y contra las actas de la Mesa de contratación consignadas en el antecedente segundo, por la causa prevista en el artículo 55 c) de la LCSP. Desestimar el recurso especial en materia de contratación contra los acuerdos consignados en las Actas de la Mesa de contratación de 11 y 12 de agosto de 2020 consignados en el antecedente segundo.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.