

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

En Madrid, a 5 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don P.M.A., administrador único de GESMEDIA CONSULTING, S.A., contra la Orden de 13 de octubre de 2014, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se acepta la proposición de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U., para el contrato denominado “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento”, nº de expediente: 09-AT-00054.0/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio del contrato denominado “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento” fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el día 10 de julio de 2014, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en el Perfil de contratante el día 17 de julio de 2014 y en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de julio de 2014. El contrato se adjudicará mediante procedimiento abierto con criterio único el precio, y tiene un valor estimado de 2.314.049,59 euros.

Segundo.- Según el apartado 8 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) *“la suma de todos los porcentajes de descuento ponderados de la oferta económica presentada por cada licitador, tendrá como resultado la oferta global de descuento ponderada. La mayor de las ofertas de descuento global ponderado será la que obtenga la consideración de mejor oferta económica.”*

El día 5 de septiembre de 2014 se procedió a la apertura de proposiciones económicas. Se aplica a las ofertas la fórmula prevista en el mencionado apartado 8 de la cláusula 1 del PCAP resultando que el descuento global ponderado de PHD Media Spain es de 86,24; el del recurrente de 81,06 y el del siguiente licitador 72,84 puntos. La Mesa de contratación acuerda formular propuesta de adjudicación a favor de la empresa PHD Media Spain, S.L.U., condicionada a las comprobaciones relativas a la consideración de la proposición económica como desproporcionada o temeraria, según el artículo 85 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y el artículo 152.1 y 3 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).

Se comprobó que la oferta de PHD Media Spain se encontraba en los supuestos o umbrales para apreciar la anormalidad o desproporción por lo que se tramitó el procedimiento contradictorio a que se refiere el artículo 152.2 del TRLCSP, solicitando asesoramiento técnico al servicio correspondiente que estima que dicha oferta es viable, pudiendo cumplirse el contrato satisfactoriamente.

Tercero.- La Mesa de Contratación, en su reunión de 8 de octubre de 2014 acuerda proponer al órgano de contratación la aceptación de la oferta presentada por la empresa PHD Media Spain, S.L.U.

Mediante Orden de fecha 13 de octubre el órgano de contratación acepta la proposición de las empresa PHD MEDIA SPAN, S.L.U., notificándose la misma, el día 17 de octubre de 2014 a los interesados.

Cuarto.- El día 27 de octubre se recibe en este Tribunal escrito calificado de recurso especial en materia de contratación contra la notificación de la aceptación de la proposición presentada por PHD Media Spain, S.L.U., incurso inicialmente en valores anormales o desproporcionados, entendiéndose que dicha proposición es viable. En el mismo se manifiesta que dicha oferta “*entraría dentro del supuesto del artículo 85.4 del Reglamento 1098/2001 debiendo quedar, por tanto invalidada para concursar*” y solicita que se resuelva anular la aceptación de la propuesta desproporcionada presentada por . Media Spain, SL.U. y excluir al licitador del procedimiento.

Quinto.- El 28 de octubre se recibe una copia del expediente de contratación junto con el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. El informe expone que el recurso carece de fundamento, que se ha seguido el procedimiento contradictorio del artículo 152.2 del TRLCSP y la Mesa de contratación procedió a proponer al órgano de contratación la aceptación de la oferta inicialmente incurso en valores anormales por considerarla viable.

Sexto.- Con fecha 31 de octubre de 2014, el Tribunal acordó denegar la suspensión de la tramitación expediente de contratación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.- La empresa recurrente resulta legitimada para interponer el presente recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una licitadora al contrato cuya oferta es la segunda más ventajosa.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone el 27 de octubre, en el plazo de los quince días hábiles siguientes a la notificación que se produjo el día 17 del mismo mes, por tanto de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios incluido en la categoría 13 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso de acuerdo con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

En cuanto al acto objeto de este recurso, cabe plantearse si está incluido entre los que pueden serlo de conformidad con el apartado 2 del citado artículo 40 del TRLSP.

El artículo 40.2 del TRLCSP, en su letra b) considera recurribles *“los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 3/2011, en el procedimiento de licitación hay una resolución final que pone fin, la adjudicación, y para llegar a la misma se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos y con actos

diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la Ley denomina actos de trámite. Son actos instrumentales de la resolución. No quiere decirse que los actos de trámite no son impugnables, que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, quiere decir que no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos 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). No pueden impugnarse de forma separada y por el principio de concentración procedimental habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.

Para llegar a una interpretación adecuada del artículo 40.2.b) es preciso tener en consideración una doble posibilidad en cuanto a la función que se pretende cumpla el mismo. De una parte, cabe entender que mediante él se pretende evitar que los actos de trámite, que son irrecurribles en principio, priven de la posibilidad de ejercitar sus derechos a los licitadores al quedar al margen del procedimiento de adjudicación a pesar de tener derecho a participar en él. Por otra, cabría entender que el legislador ha querido dotar de sustantividad a los actos de la Mesa sobre la exclusión de licitadores y, por ello, ha admitido la posibilidad de que sean impugnados sus actos en tal sentido. Por la misma razón se excluye la posibilidad de que los actos de trámite que no perjudican de forma directa el derecho de un licitador sean recurridos por éste, pues queda la posibilidad de recurrir contra el acto de adjudicación.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que podrá interponerse recurso administrativo contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. De acuerdo con dicha disposición, sólo son recurribles las resoluciones o actos definitivos, no los

actos de trámite, aunque por excepción, estos últimos resultan recurribles cuando, aún bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación, lo que no ocurre en este caso, pues el acto recurrido, de admisión de una oferta inicialmente incurso en presunción de anormal o desproporcionada, tiene condición de acto de trámite, es decir, ordenado para un mayor acierto o garantía de la resolución final al pronunciarse el órgano de contratación sobre la viabilidad de una oferta que ha de incluirse o no en la clasificación de las ofertas. En consecuencia, como acto de trámite no es impugnabile separadamente, sino que habrá de impugnarse en el recurso que se interponga, en su caso, contra la resolución final del procedimiento que es la adjudicación.

Al efecto dispone el artículo 40.3 del TRLCSP que *“Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación”*.

A favor de la misma interpretación cabe citar lo dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP: *“La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:*

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

El TRLCSP, respondiendo a un criterio de economía procesal, eficacia y de examen totalidad de la resolución, veda el acceso a los recursos administrativos de la impugnación de actos de trámite, salvo que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

De acuerdo con el artículo 150 del TRLCSP “ofertas con valores anormales o desproporcionados”, en relación al artículo 22.f) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Mesa de contratación desempeñara como función en los procedimientos abiertos de licitación *“Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitara el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo”* (la referencia al artículo 163 debe entenderse al actual 152 del TRLCSP). En todo caso corresponde al órgano de contratación la decisión sobre la viabilidad de la oferta.

La aceptación por parte del órgano de contratación de la propuesta formulada por la Mesa de contratación es un acto que como tal no decide ni directa ni indirectamente la adjudicación, lo que no permite incluirlo entre los actos de trámite conceptuados como cualificados, es decir no tiene un contenido decisor suficiente, requisito exigido por la jurisprudencia para recurrir los actos de trámite. Tampoco produce la imposibilidad de continuar en el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos del recurrente al no crear derechos invocables por los licitadores.

Lo habitual en los órganos de contratación es hacer coincidir los actos de aceptación de la viabilidad de la oferta económicamente más ventajosa, clasificación de las ofertas y propuesta de adjudicación y tampoco los configuran como actos autónomos susceptibles de recurso, sino como actos internos sin proyección exterior. La posterior adjudicación suele ser prácticamente simultánea en el tiempo. La adjudicación es el acto culminante de la licitación y el único cuya impugnación produce el efecto legal de suspensión automática de aquella. Quiere decirse que el legislador ha dotado expresamente a aquel acto final de especial importancia y sustantividad a los efectos de utilización de la vía de recurso especial en materia de contratación.

El ofrecimiento, en la notificación remitida, del recurso especial en relación al acto de aceptación de la oferta inicialmente incurra en valores anormales o desproporcionados no ha producido indefensión en el recurrente ni afecta a la defensa de sus intereses que, en su caso, podrá ejercer recurriendo contra la adjudicación cuando le sea remitida la notificación.

De los anteriores razonamientos debe deducirse que procede inadmitir el presente recurso, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la recurrente de impugnar, en su caso, la adjudicación.

Quinto.- No obstante lo anterior a la vista del expediente remitido y las alegaciones del recurrente este Tribunal quiere señalar que en el recurso no se reprocha ninguna ilegalidad a las actuaciones de la Mesa de contratación, ni a la Orden recurrida, ni al procedimiento seguido. Únicamente se pretende la declaración de rechazo de la oferta por la mera constatación de estar incurra en presunción de temeridad.

La presentación de una oferta que incurre en valores anormales no supone de manera automática su exclusión del procedimiento de adjudicación. Tanto la Directiva 2004/18/CE como el artículo 152 del TRLCSP establecen la necesidad de

aplicar un procedimiento contradictorio de verificación de la viabilidad de esa presunción de oferta anormalmente baja, ofreciendo para ello la posibilidad de aportar todo tipo de justificaciones.

Los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación exigen que la adjudicación de los contratos se realice, en principio, a favor de la oferta económicamente más ventajosa. El TRLCSP admite que la oferta más económica no sea considerada la más ventajosa cuando en ella concurren características que la hacen desproporcionada o anormalmente baja, permitiendo excepcionalmente, en esos casos, que la oferta inicialmente más económica no sea la adjudicataria. La apreciación de si es posible o no el cumplimiento de la oferta, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que la componen y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible la aplicación automática con la consecuencia del rechazo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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, interpuesto por don P.M.A., administrador único de GESMEDIA CONSULTING, S.A., contra la Orden de 13 de octubre de 2014, de la Consejera de Empleo, Turismo y Cultura, por la que se acepta la proposición de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U., para el contrato “Servicios para la difusión de las ayudas de fomento de empleo y del emprendimiento”, nº de expediente: 09-AT-00054.0/2014.

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 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.