



Recurso nº 428/2016

Resolución nº 507/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 24 de junio de 2016

VISTO el recurso formulado por D. A.G-P.F., en nombre y representación de ALCANDORA PUBLICIDAD, S.L. (en adelante ALCANDORA) frente al acuerdo de renuncia dictado por Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDEA), en el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de servicio de ejecución de diseño general, creatividad, definición de medios y estudio de resultados de la Campaña de Comunicación, Información y Publicidad institucional Expediente 13058.01/15, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, el IDAE, inició por acuerdo de 27 de octubre de 2015 procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el servicio de ejecución de diseño general, creatividad, definición de medios y estudio de resultados de la Campaña de Comunicación, Información y Publicidad institucional Expediente 13058.01/15. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOUE y en la PCE el 5 de noviembre del mismo año.

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento abierto, de conformidad con lo señalado en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Tercero. Una vez abiertos los sobres nº1 y calificada la documentación administrativa con el resultado que obra en el expediente, se procede a la apertura del sobre nº2

relativo a los criterios sujetos a juicio de valor. Emitido el oportuno informe, se convoca nuevamente el 22 de octubre de 2015 a la mesa de contratación y una vez aprobada la valoración, se procede a la apertura del sobre nº3 relativo a la oferta correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmula.

Cuarto. Tras la celebración del acto público se procede a analizar las distintas ofertas, siendo la recurrente la licitadora que mayor puntuación obtenía, una vez sumadas las valoraciones de ambos criterios. El 29 de marzo de 2016 el órgano de contratación dicta un acuerdo clasificando las ofertas y requiriendo a la que había resultado ser la oferta más ventajosa para la aportación de la documentación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP.

Quinto. El 27 de abril de 2016 el órgano de contratación acuerda renunciar al procedimiento de licitación por considerar que concurren causas de interés público, lo que fue notificado a los licitadores el 11 de mayo de 2016.

Sexto. Frente al citado acuerdo, ALCANDORA formula recurso especial el 27 de mayo de 2016. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 7 de junio de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya hecho uso de este trámite.

Séptimo. El recurrente solicitó asimismo la suspensión del acuerdo recurrido, solicitud a la que se dará respuesta en el fundamento de derecho cuarto del presente escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Adecuación del procedimiento.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, al tratarse del acto que pone fin al procedimiento. Así lo ha manifestado este Tribunal en diversas ocasiones (véase resolución nº 95/2015 o 742/2014), así como otros competentes por razón de la materia (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolución nº 43/2015).

Además, se trata un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación.

El recurso está interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 TRLCSP, por tratarse del licitador clasificado en primer lugar, por lo que una eventual estimación del mismo podría dar lugar a la adjudicación del contrato en su favor.

Cuarto. Solicitud de medidas cautelares.

En virtud del principio de congruencia, procede igualmente que este Tribunal se pronuncie expresamente sobre la solicitud de medidas cautelares que fue formulada junto con el escrito de recurso.

La solicitud de medida cautelar que se solicita en el suplico del escrito presentado por el recurrente consiste en la “suspensión de la ejecutividad” del acuerdo impugnado. Pues bien, el acuerdo impugnado no es otro que la renuncia al contrato, es decir, se trata de un acto de contenido negativo, por lo que su suspensión equivaldría a obligar al órgano de contratación a continuar con el procedimiento de licitación, continuación que sí produciría perjuicios irreparables, mientras que el mantenimiento del acuerdo de renuncia ningún perjuicio inmediato puede provocar.

Los perjuicios a los que se refiere el recurrente, o bien son supuestos perjuicios que sufriría el propio órgano de contratación, cuya valoración solo a él corresponde, o bien son perjuicios que en su caso produciría un futuro procedimiento de contratación, cuya suspensión habrá de valorarse en el correspondiente procedimiento.

Quinto. Alegaciones del recurrente.

El recurrente resume sus alegaciones en dos puntos:

- a) Improcedencia del acuerdo de renuncia por haberse dictado tras el acuerdo de adjudicación, contraviniendo por tanto lo dispuesto en el artículo 155 TRLCSP.
- b) Inexistencia de causa de interés público que justifique la renuncia, existiendo otros medios menos gravosos para los licitadores para garantizar la defensa de dicho interés.
- c) En todo caso, la indemnización que debe abonarse es la correspondiente al supuesto de resolución por causa imputable a la Administración, lo que implica el derecho al abono del 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener y todos los gastos generados para la ejecución del contrato que incluye i) los gastos derivados para la constitución de la garantía definitiva, ii) lo abonado a los prescriptores para garantizar la ejecución del contrato y iii) el gasto generado por preparar la propuesta, todo lo cual asciende a 44.750 euros.

Sexto. Informe del órgano de contestación.

El órgano de contratación incluye en el expediente el oportuno informe en el que se da respuesta a las anteriores alegaciones, señalando en síntesis:

- a) No es cierto que se hubiera dictado el acuerdo de adjudicación antes del de renuncia. Lo que se había acordado era únicamente la clasificación de las ofertas y el requerimiento de documentación que es en todo caso previo a la adjudicación, por tanto el acuerdo no fue extemporáneo.

b) La causa de interés público está perfectamente justificada en el expediente y deriva del grave perjuicio que se produciría a la imagen del Instituto de utilizar como prescriptor en la campaña de publicidad a un personaje público cuya popularidad se ha visto seriamente dañada como consecuencia de diversas informaciones periodísticas, no siendo posible modificar la figura del prescriptor propuesta por la empresa, pues ello supondría la modificación de un elemento esencial de su oferta que fue tenido especialmente en cuenta a la hora de valorarla.

c) En cuanto al alcance de la indemnización únicamente debe alcanzar los gastos efectivamente realizados y que fueran estrictamente necesarios para la preparación de la oferta y por tanto no procede ni el abono del 10% de lo no ejecutado ni el abono de los gastos derivados del contrato con el prescriptor, pues en la licitación no se exigía que se hubiera suscrito el contrato con anterioridad a la adjudicación.

Séptimo. Determinación del momento en que se dicta el acuerdo de resolución

El primero de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente es el de considerar que el acuerdo de renuncia fue extemporáneo, al haberse dictado ya el acuerdo de adjudicación.

Efectivamente, el artículo 155 TRLCSP señala: *“La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.”*

Ahora bien, de los antecedentes fácticos antes expuestos cabe en este punto dar la razón al órgano de contratación, pues es claro que el acuerdo de adjudicación no se había dictado todavía, sino únicamente el acuerdo de clasificación de ofertas, habiéndose requerido la documentación al licitador que había presentado la oferta económicamente más ventajosa. No consta que dicha documentación llegara a ser siquiera analizada por el órgano de contratación ni por tanto que se acordara finalmente la adjudicación a su

favor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160 TRLCSP, por lo que esta primera alegación debe ser desestimada.

Octavo. Doctrina de este Tribunal sobre la renuncia o desistimiento del contrato.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con la renuncia y desistimiento del contrato. De las principales resoluciones dictadas en la materia, puede destacarse lo siguiente:

a) Para que resulte procedente el desistimiento es necesario que se acredite que se ha producido un defecto procedimental o una infracción del ordenamiento jurídico de carácter insubsanable y que se produzca antes de la adjudicación del contrato (resolución nº 323/2016).

b) En el caso de la renuncia, por el contrario, basta con que se justifique en el expediente la concurrencia de una causa de interés público que determine la renuncia. En este sentido, se ha señalado que si el órgano de contratación es libre de iniciar o no el procedimiento de contratación, esta libertad alcanza asimismo a la posibilidad de renunciar a la celebración de un contrato encontrándose en curso un procedimiento de contratación, siempre que existan razones de interés público para ello, como no puede ser de otro modo, puesto que ningún ente del sector público puede verse constreñido a celebrar un contrato si existen razones justificadas para estimar improcedente dicha contratación. Ahora bien, ello siempre con el límite de que en ningún caso la discrecionalidad puede encubrir una decisión arbitraria, debiendo siempre estar dirigida la actuación administrativa a la satisfacción del superior interés general (resolución nº 731/2014).

c) Para que proceda válidamente la renuncia es necesario por ello que se den tres requisitos: i) que la renuncia se acordada por el órgano de contratación antes de la adjudicación del contrato; ii) que concurra una causa de interés público y iii) que la resolución sea motivada y que las razones se encuentren justificadas en el expediente.

En el presente caso nos encontramos con un contrato que pretende la ejecución del diseño general, creatividad, definición de medios y estudio de resultados de una campaña de comunicación que pretende trasladar al público la necesidad de ahorrar energía. En las ofertas presentadas, cada licitador presenta un determinado diseño y éste fue valorado de forma individual por la mesa de contratación con arreglo a los criterios tanto subjetivos como objetivos establecidos en el pliego. En el caso de la oferta que fue considerada económicamente más ventajosa, el diseño de la publicidad se basa en la utilización como prescriptores de un conocido personaje público y su cónyuge, personaje cuya popularidad fue objeto de valoración positiva, junto con otros muchos elementos de la oferta, por parte de la mesa de contratación en relación con varios de los aspectos subjetivos previstos en el pliego como criterios de clasificación, tal y como se deduce del informe de valoración que obra en el expediente.

Según el órgano de contratación, la aparición de diversas noticias en prensa en relación con ese concreto personaje ha incidido negativamente en su imagen. En particular, el acuerdo de renuncia señala:

“(...) Es un hecho objetivo e indubitado que esta circunstancia, sin que esta afirmación comporte prejuzgar en modo alguno la final significación y trascendencia jurídica que a la postre puedan alcanzar los hechos así desvelados ha venido a asociar a la imagen pública del citado prescriptor una serie de connotaciones evidentemente desfavorables, a todas luces inexistentes e imprevisibles al tiempo de valorarse dicha propuesta, que lastran significativa y visiblemente su capacidad para intervenir como prescriptor eficaz en la transmisión del mensaje que es objeto de la campaña y, por ende, compromete decisivamente la propia consecución del interés público que la justifica, que no es otro que la adecuada difusión entre los destinatarios de un programa de indudable relevancia social como lo es el del ahorro y eficiencia energética 2016.”

A la vista de la forma en que la oferta de ALCANDORA fue diseñada cabe afirmar, coincidiendo en este punto con el órgano de contratación, que la misma giraba en torno a la utilización de un determinado prescriptor y no otro. Si bien es cierto que el pliego no exigía la utilización de un prescriptor ni este aspecto fue incluido expresamente como un criterio de valoración, fue el propio licitador el que decidió utilizar a ese personaje para el

diseño de la campaña y en dicho diseño el personaje aparece como un elemento esencial, motivo por el cual si, por cualquier motivo no fuera posible la utilización de ese concreto prescriptor la oferta entera efectuada por el licitador variaría sustancialmente, lo que por sí solo sería causa suficiente para la renuncia del contrato si es que ese motivo fuera conocido con anterioridad a la adjudicación del contrato, pues de otro modo se vería comprometido el principio de invariabilidad de la oferta, trasunto del principio de transparencia e igualdad de trato.

En este sentido, no resulta admisible la solución propuesta por el recurrente de utilizar como prescriptor en la campaña por él diseñado, o bien solo al cónyuge del susodicho personaje o bien a un prescriptor distinto pues ello, como hemos dicho, supondría una vulneración de los principios que regulan la contratación y sería causa de nulidad del procedimiento. Tal circunstancia, por tanto, sí sería suficiente para entender justificada la renuncia del contrato.

Debe tenerse en cuenta que la apreciación de las causas de interés público que hayan de motivar la renuncia del contrato constituye una potestad discrecional, y por tanto su revisión por este Tribunal se encuentra forzosamente limitada y se constriñe a comprobar que se alega una causa razonable que no produzca discriminación ni arbitrariedad y sin que sea necesario que por el órgano de contratación se acredite exhaustivamente la concurrencia de la causa alegada, bastando con que la misma aparezca suficientemente identificada y justificada en el expediente.

En el caso que nos ocupa estamos ante un contrato muy especial de publicidad institucional, destinado a la promoción de comportamientos cívicos entre la población y en el que la credibilidad y honorabilidad del actor protagonista resultan determinantes, por lo que la renuncia al contrato por parte del órgano de contratación está amparada por el interés público invocado en el expediente, en la medida en que dicha credibilidad ha podido quedar dañada tras la valoración de las ofertas, circunstancia que ha de considerarse suficiente, lo que determina la desestimación de las alegaciones del recurrente.

Noveno. Determinación de la competencia de este Tribunal en relación con la indemnización procedente.

La desestimación del recurso determina la necesidad de entrar a conocer de la pretensión subsidiaria formulada por el recurrente, que solicita el reconocimiento del derecho a obtener una indemnización que cifra en 140.996,46 euros.

Pues bien, en este punto debe darse también la razón al órgano de contratación en el sentido de que tal pretensión no resulta atendible desde el punto de vista de la competencia de este Tribunal. Cabe recordar que en alguna ocasión este Tribunal sí se ha manifestado en relación con la indemnización procedente, pero solo en un supuesto en que el órgano de contratación había fijado la indemnización en el propio acuerdo de renuncia y en aplicación de los criterios establecidos en el propio pliego. Así, en nuestra reciente resolución nº 242/2016 señalamos:

“Esto no obstante, y pese a que la actuación del órgano de contratación se considera ajustada a derecho al concurrir una causa legal que justifica la renuncia al contrato, no se excluye la posibilidad de considerar que la actuación dilatada en el tiempo del órgano de contratación pudiera no haber sido todo lo diligente que debiera y que ello haya podido quizá provocar otros perjuicios al licitador propuesto como adjudicatario, si bien esta hipotética responsabilidad patrimonial queda en todo caso fuera del ámbito competencial de este Tribunal, que debe limitarse a aplicar lo dispuesto para estos supuestos de renuncia en el apartado 16 del Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de conformidad todo ello con lo dispuesto por el artículo 155.2 del TRLCSP.”

En el presente caso, sin embargo, procede remitirse a lo ya expuesto en nuestra resolución nº 479/2013:

“Por último, y en lo que concierne a las pretensiones resarcitorias ejercidas por la mercantil recurrente, este Tribunal considera que no son aplicables los preceptos reseñados sobre las consecuencias jurídicas indemnizatorias ante la resolución anticipada de los contratos, dado que no ha nacido la relación contractual.

La consecuencia jurídica del desistimiento es la compensación por gastos a que se refiere el artículo 139.2º de la LCSP. Ante la falta de previsión en el anuncio y en el pliego, se ha de estar a lo previsto en los principios generales rectores de la responsabilidad patrimonial, lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por éste del procedimiento que para tal fin regula el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, previa acreditación de los gastos efectivamente provocados a la licitadora recurrente.”

A lo que cabe añadir, que la revisión del acto que se dicte tras la tramitación del citado procedimiento queda fuera de la competencia de este Tribunal.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto formulado por D. A.G-P.F., en nombre y representación de ALCANDORA PUBLICIDAD, S.L. (en adelante ALCANDORA) frente al acuerdo de renuncia dictado por Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (en adelante IDEA), en el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de servicio de ejecución de diseño general, creatividad, definición de medios y estudio de resultados de la Campaña de Comunicación, Información y Publicidad institucional Expediente 13058.01/15, sin perjuicio de la posibilidad del recurrente de iniciar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial para la determinación de los daños y perjuicios causados.

Segundo. Desestimar la solicitud de medidas cautelares formulada junto con el escrito de recurso.

Tercero. 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.

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 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.