



Recurso nº 1120/2017

Resolución nº 1164/2017

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

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017

VISTOS el recurso 1120/2017 interpuesto por D. G. J. H. L., en representación de SAPIENS SPAIN, S.L.U. contra Resolución de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 10 de octubre de 2017, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato basado en el *“acuerdo marco 50/2014, destinado a la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, para la materialización de la campaña institucional denominada “Mediterraneamos” del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente”*; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa constituye un “contrato basado” de ejecución del Acuerdo Marco para la adopción del tipo de servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las campañas de publicidad institucional (AM 50/2014).

Conforme a la Cláusula III del Pliego de Cláusulas administrativas Particulares de tal Acuerdo Marco (PCAP), el órgano de contratación es la Junta de Contratación Centralizada.

Según su Cl. XIV. *“Ejecución y órgano responsable del acuerdo marco.”*

1. Ejecución del acuerdo marco



La ejecución del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la adjudicación de contratos basados en el mismo, los cuales se realizarán a riesgo y ventura de los contratistas con sujeción a las cláusulas de este pliego y a las del pliego de prescripciones técnicas, siguiendo las instrucciones que para su interpretación dé el órgano de contratación.

...

Y su Cl. XVII: "Contratos basados en el acuerdo marco.

1. Procedimiento de adjudicación de los contratos basados

Una vez celebrado el acuerdo marco y adoptado el tipo para los espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, la DGRCC procederá a contratar los servicios que le fueran solicitados por cualquiera de los destinatarios del acuerdo marco referidos en la cláusula II del pliego.

Puesto que el acuerdo marco se celebra con varios empresarios y no todos los términos están establecidos en el mismo, la adjudicación de los contratos basados se realizará mediante el procedimiento establecido en el artículo 198.4 del TRLCSP, por remisión del artículo 206.3 TRLCSP.

En todo caso, los respectivos contratos basados en el acuerdo marco se entenderán perfeccionados al ser notificada la correspondiente adjudicación por la DGRCC, tanto al contratista como al organismo petionario, mediante la aplicación CONECTA-CENTRALIZACIÓN.

El órgano petionario, con carácter previo al inicio del expediente del contrato basado, remitirá documento acreditativo de la existencia y disponibilidad de crédito y el documento de prescripciones que se ajustará al modelo normalizado aprobado por la DGRCC. Este documento deberá contener, al menos, los siguientes aspectos:

(...)

Analizada la documentación remitida, la DGRCC acordará con el órgano petionario los términos de la nueva licitación y será éste, conforme al artículo 206.3.b) párrafo tercero



TRLCSP, el órgano encargado de la consulta a los licitadores, recepción y examen de las proposiciones y elevación a la DGRCC de la propuesta de adjudicación del contrato basado, a la que se acompañará la conformidad de la Secretaría de Estado de Comunicación, mediante la aplicación informática CONECTA-CENTRALIZACIÓN.

(...)

Una vez realizada la valoración se remitirá la propuesta de adjudicación a la DGRCC que, una vez realizadas las comprobaciones oportunas, procederá a dictar acuerdo de adjudicación.

2. Constitución de las garantías definitivas Los adjudicatarios de los contratos basados deberán:

e) Constituir una garantía definitiva de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el

Valor Añadido, para cada contrato basado que se adjudique, o,

e) Constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los contratos basados.

...”

A su vez, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) que rigen la celebración de tal Acuerdo Marco, señala, en lo que nos interesa:

“III.- Contratos basados en el Acuerdo Marco

... Sobre tales premisas, las empresas incluirán en su oferta el correspondiente plan estratégico de comunicación que recogerá, como mínimo, las siguientes cuestiones:

-La estrategia de medios para la consecución de los objetivos determinando, de manera justificada, los medios a utilizar, sus formatos y el plan de medios con la inversión para cada uno de ellos, así como la evaluación teórica de los resultados que se obtendrían.



-Calendario previsto de la campaña.

-Equipo de trabajo asignado al proyecto.”

“VI.- Memoria y cierre de la difusión de las campañas

Después de la realización de cada campaña, o una vez finalizada una oleada de difusión si así lo establece el contrato basado, la empresa contratada entregará al órgano responsable de la campaña, como mínimo, un ejemplar de la siguiente documentación:

-Plan de Medios valorado en términos económicos y de eficacia publicitaria (GRP'S, cobertura, OTS, etc.).

-Un informe de la inversión que deberá detallar como mínimo lo siguientes datos por soporte publicitario:

(...)

Justificantes de que la campaña ha sido efectivamente realizada...

-Informe sobre las posibles incidencias que se hayan producido durante la ejecución del contrato.”

-Y el Documento de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato basado en el Acuerdo Marco que nos ocupa, indica:

“I. DENOMINACIÓN DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA:

“MEDITERRANEAMOS”

II. ORGANISMO INTERESADO Y ORGANO RESPONSABLE DEL CONTRATO:

El organismo interesado es la Dirección General de la Industria Alimentaria del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 4 de la cláusula XVII del pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco 50/2014, a los efectos de asegurar la correcta ejecución



del contrato basado, se designa como responsable del contrato a la Subdirección General de Promoción Alimentaria.”

“IV.- PERIODO DE DESARROLLO DE LA CAMPAÑA

La campaña tendrá una duración mínima de 30 días y máxima de 90 días, y se desarrollará entre el 1 de julio y 31 de septiembre de 2017 (sic).

El periodo de ejecución del contrato tendrá lugar desde su formalización hasta la finalización de la difusión y de todos los trabajos que incluye el contrato, incluida la presentación de toda la documentación (la referente a la memoria) indicada en el apartado VI de este documento de prescripciones técnicas, y en todo caso antes del 31 de octubre 2017.

V.IMPORTE MÁXIMO:

El presupuesto de licitación de este contrato es de 540.000 € IVA excluido, siendo el importe total de 653.400 € IVA incluido, con cargo al ejercicio presupuestario de 2017.

...”

(...)

“VI.ESPACIOS EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SOPORTES PUBLICITARIOS QUE RESULTAN NECESARIOS PARA LA DIFUSIÓN DE LA CAMPAÑA:

(...)

Conforme al Apartado III del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el Acuerdo Marco 50/2014, las empresas incluirán siempre en sus ofertas un plan estratégico de comunicación, que deberá respetar los requisitos mínimos establecidos para cada soporte publicitario en la cláusula X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el citado Acuerdo Marco, y que recogerá, como mínimo, las siguientes cuestiones:



(...)

b) el calendario previsto para la campaña,

(...)

A la finalización de la campaña, en el plazo máximo de un mes desde su finalización, la empresa entregará, como mínimo, una copia de la siguiente documentación, de acuerdo con lo estipulado en Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco:..."

Segundo. Tras los trámites oportunos, presentaron ofertas en fecha 30 de mayo la empresa recurrente y otra, procediéndose a su apertura el día 2 de junio de 2017 según Acta que obra en el expediente.

En fecha 9 de junio, se emitió el informe técnico de valoración de ofertas por la Dirección General de la Industria Alimentaria, en el que se propuso la adjudicación del contrato basado a la empresa Media Sapiens Spain, S.L.

En cumplimiento de las previsiones contenidas en los pliegos, la empresa incorporó en su oferta el calendario previsto para el desarrollo de la campaña, señalando los días y semanas concretos de los meses de julio y agosto en los que se procedería a su difusión.

La Secretaría de Estado de Comunicación dio su conformidad a la propuesta de estrategia de comunicación presentada por la empresa Media Sapiens Spain, S. L. en fecha 22 de junio de 2017.

La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (DGRCC) recibió la propuesta de adjudicación del contrato basado en favor de la empresa Media Sapiens Spain, S.L. con fecha 3 de agosto. En la propuesta figura como plazo de ejecución del contrato *"Desde la firma hasta el 30 de noviembre de 2017"*.

Lo siguiente que figura en el expediente es un email de la Subdirección General de Coordinación y Gestión Presupuestaria de la DGRCC, dirigida al órgano competente del Ministerio de Agricultura, de fecha 18 de agosto, que señala: *"Revisada la documentación remitida, y emitido informe favorable por la Secretaría de Estado de Comunicación,*



conforme se establece en los pliegos reguladores del acuerdo marco, procede continuar con la tramitación del contrato. Para ello, se precisa que comuniquen a la empresa que se propone como adjudicataria la necesidad de presentar en esta Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, en el plazo máximo de diez días hábiles desde la recepción de la notificación, dos documentos:

-Resguardo acreditativo de la constitución de la garantía definitiva.

-Carta de aceptación de las condiciones del contrato.

Un modelo de requerimiento para la solicitud de constitución de la garantía definitiva y de la carta de aceptación de las condiciones del contrato se encuentran a su disposición en la aplicación CONECTA-CENTRALIZACIÓN. Se adjuntan también al presente correo.”

El 31 de agosto de 2017 la Subdirección General de Promoción Alimentaria (SGPA) notificó a la recurrente la propuesta de adjudicación del contrato basado, con requerimiento de prestación de garantía definitiva.

El 6 de septiembre se constituyó la garantía por parte de la empresa propuesta como adjudicataria, a disposición de la DGRC.

La DGRCC pidió el 14-9-2017, informe a la Abogacía del Estado del Departamento, Nº AE 2053/2017, emitido en fecha 28-9-2017, sobre si resultaba ajustada a Derecho la adjudicación del contrato basado en el Acuerdo marco 50/2014, a la vista de sus fechas previstas de ejecución, concluyendo el citado informe en sentido negativo.

El 15 de septiembre se remitió por la Secretaría de Estado de Comunicación al órgano competente del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio ambiente un email que señalaba: “*En relación al plan de medios definitivo de la campaña de publicidad institucional “Mediterraneamos” queremos hacer las siguientes observaciones:*

1. La conformidad al plan de medios definitivo de dicha campaña fue adelantada por email el pasado 8 de septiembre de 2017 en razón de la urgencia de los plazos de la misma. Dicha conformidad se envió atendiendo a la petición formal remitida por el



Director General de la Industria Alimentaria de 1 de septiembre de 2017, que nos fue remitida el 5 del mismo mes. De dicha petición formal se desprendía que la adjudicación del contrato basado ya había tenido lugar.

2. A través de una comunicación con la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, se ha tenido conocimiento de que dicho contrato basado no ha sido formalizado a fecha de hoy. El Acuerdo Marco 50/2014 establece que la conformidad al plan de medios definitivo no puede otorgarse con carácter previo a la adjudicación y formalización del contrato basado, ya que su elaboración implica la participación de la empresa adjudicataria, inexistente en esta fase del procedimiento. Es por ello por lo que resulta imposible otorgar la referida conformidad, según lo establecido en el AM 50/2014.

3. Consecuentemente, la conformidad al plan de medios definitivo para la difusión de la campaña de publicidad institucional "Mediterraneamos" queda sin efectos, al no haberse respetado el procedimiento establecido en el Acuerdo Marco 50/2014."

El 10 de octubre de 2017 se dicta Resolución por la que se acuerda, conforme al art. 155 TRLCSP, el desistimiento del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato que nos ocupa. En la misma, se recoge como Antecedentes, entre otros, que:

"4. El Documento de Prescripciones Técnicas que rige el aludido contrato basado, indica que "La campaña tendrá una duración mínima de 30 días y máxima de 90 días, y se desarrollará entre el 1 de julio y 31 de septiembre de 2017" (cláusula IV).

En el Plan Estratégico de Comunicación presentado por Media Sapiens Spain, S.L, que forma parte de su oferta, se especifican los días concretos de julio y agosto en los que se propone la difusión de la campaña de publicidad y los medios en que se llevará a cabo (páginas 55 a 65).

5.- Comoquiera que, la campaña no se podía realizar en los plazos establecidos en el Documento de Prescripciones Técnicas que rige la licitación, por esta Dirección General se solicitó informe a la Abogacía del Estado en este Departamento, sobre si procedía, conforme a Derecho, adjudicar el referido contrato basado de acuerdo con la propuesta

que se había efectuado por la Dirección General de Industria Alimentaria.”; y se funda el desistimiento, en esencia, en que:

“PRIMERO.- En el informe de la Abogacía del Estado en el Departamento, emitido en fecha 28 de septiembre de 2017, se señala que según se establece claramente el Documento de Prescripciones Técnicas, el Plan Estratégico de Comunicación forma parte de la documentación que obligatoriamente habían de presentar las empresas participantes en la segunda licitación.

Asimismo, se indica que en el Plan Estratégico de Comunicación entre otros documentos, había de figurar el calendario previsto para la campaña, de manera que este último formaba parte esencial de la oferta a presentar por los licitadores, no resultando posible autorizar una modificación del contrato que implique la realización de unas prestaciones, en otras fechas absolutamente distintas a las inicialmente ofertadas.

Añadiéndose que, si se admitiera una modificación del calendario de la campaña, sería tanto como asumir que la empresa pudiera realizar las prestaciones debidas de la forma y manera que mejor le conviniera sin ajustarse al calendario previamente acordado con la Administración al presentar su oferta. En este orden de cosas, se especifica que la admisión de un cambio en las fechas de realización de la campaña, podría alterar las condiciones esenciales de la contratación en la medida que las empresas licitadoras podrían haber presentado ofertas diferentes a las formuladas que pudieran haber conducido a la adjudicación del contrato a su favor (artículo 107.3 TRLCSP).

A mayor abundamiento, el citado Centro Asesor precisa que la oferta económica presentada por la empresa habría sido realizada a la luz del importe de la inserción de los mensajes publicitarios en determinadas épocas del año, de manera que el precio de los mismos podría variar si se modificaran las fechas de su realización.

SEGUNDO.- En el Documento de Prescripciones Técnicas, se preveía (cláusula IV), que la campaña tendría una duración mínima de 30 días y máxima de 90 días, y se desarrollaría entre el 1 de julio y 31 de septiembre de 2017, además de un periodo de ejecución a terminar antes del 31 de octubre de 2017.



Como se indica en el referido informe de la Abogacía del Estado, la propuesta de adjudicación tuvo entrada en la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación el 4 de agosto de 2017 y en fecha 6 de septiembre la garantía constituida por la empresa propuesta como adjudicataria por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, por lo que, teniendo en cuenta las fechas de realización de la campaña previstas en el Documento de Prescripciones Técnicas, no es posible la adjudicación del contrato puesto que ello vulneraría el artículo 1272 del Código Civil, en el cual, se dispone que "no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles".

En suma, se concluye por parte de la Abogacía del Estado, que dadas las fechas, el objeto del contrato sería de contenido imposible."

Dicho acuerdo se notificó el 16 de octubre.

Tercero. El 6-11-2017 se presenta este recurso, en que se pide la anulación del desistimiento, *"acordando en todo caso compensar a la recurrente por los gastos en que se le ha hecho incurrir, que ascienden a CIENTO SESENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y UN EUROS CON DIECINUEVE (167.341,19 euros)."*

Se funda para ello en que la SGPA, beneficiaria de la campaña contratada, desde el mes de julio de 2017, comenzó las actuaciones y solicitudes para que MEDIA SAPIENS, S.L.U. (MSS en adelante) procediera a contratar los espacios y patrocinios a que se refería la campaña "Mediterraneamos":

-Se dice que se mantuvo una reunión en el Ministerio de Agricultura el 10-7-17 que *"puede comprobarse en los registros de entrada y salida del Ministerio tanto la realidad de la reunión como su duración"*, en que *"se nos solicitaron diversos cambios sobre la propuesta que habíamos presentado a Concurso. El más relevante, era el cambio de fechas de la campaña que debía ejecutarse del 15 de septiembre al 31 de octubre, plazo que se aceptó por nuestra parte, puesto que el Pliego de Condiciones, como se verá, extendía la ejecución del contrato incluso hasta el 30 de octubre."*

-Se acompañan como pruebas varios emails, de los que cabe destacar, el de fecha 31-7-2017 (Plan de Medios con *"las modificaciones que comentamos en su momento"*, del



recurrente a la SGPA, respondido por la SGPA); 23-8-2017 (también del recurrente a la SGPA solicitando hablar para tomar decisión sobre un espacio publicitario, ya que existía oferta de un tercero), de 1-9-2017 (de la responsable de la SGPA a la recurrente señalando que *"Espero que a mitad de la semana que viene esté todo aprobado"* solicitando que se *"empezara a trabajar sobre los formatos definitivos"*; de 8-9-7, de la SGPA, reenviado a la recurrente otro proveniente de la Secretaría de Estado de Comunicación dando conformidad al Plan de Medios definitivo; con la misma fecha, de la recurrente a la SGPA informando de que procedía a la compra de los espacios, quedando a la espera de que se le remitiera el contrato, con la finalidad de no perder los espacios reservados, a lo que contesta la SGPA señalando que el contrato lo tiene que enviar Hacienda; de 13 y 14-9-2017, intercambiados entre ambos, sobre varios detalles de la promoción; varios de 14-9-2017, en que la recurrente señala que está todo dispuesto para comenzar la campaña al día siguiente, no tienen noticia del contrato de la CORA, y de la SGPA se les contesta que *"Como sabéis no podéis empezar a ejecutar si no tenéis dicho contrato; (...) Lamento mucho tener que pedirlos que no hagáis nada, hasta que no solucionemos este grave incidente con Hacienda que se basa en que el Pliego de Prescripciones Técnicas establecía una duración mínima de la campaña de 30 días y que ésta finalizase antes del 30 de septiembre...."*; en el mismo día, el recurrente muestra en otro email su sorpresa exponiendo que actuaban en la creencia de que se empezaba la campaña, indicando que iba a intentar parar la campaña pero avisando de *"unos gastos de anulación importantes"*; y de 15-9-2017, del MAPAMA a la recurrente, informando de que se había pedido por la DGRCC informe a la Abogacía del Estado y *"Por tanto, hasta que no nos comuniquen las conclusiones de dicho informe, se solicita que se paralicen todas las actuaciones que estaban previstas para el desarrollo de las campañas."*

-Se acompañan facturas por los gastos pretendidamente realizados, de fechas de expedición 14-9-2017, 30-9-2017, 24-9-2017, y 30-9-2017.

Por ello, se dice que *"desde julio -momento en que, por puntuación, se sabía que la adjudicación sería para MSS-, la Subdirección General de Promoción Alimentaria solicitó y autorizó el inicio de la contratación de los espacios publicitarios y del Plan de Medios aprobado."*

Por tanto, el desistimiento del contrato por la Administración infringe los principios de confianza legítima y actos propios y, por ello, también el de seguridad jurídica."

También considera que no podía procederse al desistimiento, pues *"debe considerarse que desde la constitución de la garantía definitiva se produjo la adjudicación del contrato pues solo los "adjudicatarios" deben constituir dichas garantías definitivas, conforme a la Cláusula XVII apartado 2 del "Pliego de cláusulas AM 50/2014".*

Asimismo, aduce que *"Frente a lo que plantea la Resolución recurrida, y añadido a las alegaciones ya realizadas, hemos de hacer constar que la ejecución del contrato era perfectamente posible conforme al párrafo segundo del apartado IV del "Documento de Prescripciones Técnicas" que permitía ampliar el plazo de ejecución de la campaña hasta fin de octubre."*

En todo caso, señala que, aunque el desistimiento fuera correcto, adolecería del defecto de no fijar la compensación por los gastos incurridos.

-El órgano de contratación, en su informe, comienza por indicar que *"no se entrarán a valorar las aseveraciones del recurrente correspondientes a supuestas actuaciones anteriores al momento de dicha propuesta y en las que esta Dirección General no ha tenido intervención alguna."*, y que la Secretaría de Estado de comunicación revocó la conformidad al plan de medios definitivo para la difusión de la campaña de publicidad.

Señala que es incierto que sólo los "adjudicatarios" deban de constituir las garantías definitivas, pues el art. 99.1 TRLCSP se refiere al propuesto como tal, siendo además que *"obra en el expediente la comunicación efectuada a la empresa el 31 de agosto de 2017, por la Subdirección General de Promoción Alimentaria de la Dirección General de Industria alimentaria del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, al objeto de que procediera a constituir la garantía en la que claramente se alude a la "empresa propuesta como adjudicataria", aludiendo también al 160.2 TRLCSP.*

Respecto de los "actos propios", que *"de la cláusula XII.1 del PCAP se desprende claramente que la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación es el órgano competente para la adjudicación de los contratos basados, sin*



que esta Dirección General haya tenido intervención o participación alguna en los que según el criterio del recurrente se califican como "actos propios".

Respecto de la alegación formulada por el recurrente en el sentido de que existía la posibilidad de cumplimiento del contrato, que el recurrente confunde el "periodo de desarrollo de la campaña" con el "periodo de ejecución del contrato", pues el periodo de duración del contrato, se extiende más allá de la estricta difusión de la campaña puesto que una vez que esta ha finalizado ha de emitirse la memoria de cierre por parte de la empresa a la que se alude en el apartado VI del PPT, conforme a la cl. IV del Documento de licitación del contrato basado. Resultando pues que no es posible la adjudicación del contrato por cuanto que ello implicaría la formalización de un contrato de contenido imposible.

Y que tampoco era posible un cambio de fechas de la campaña porque ello hubiera supuesto modificar el PPT, al tratarse de una modificación esencial, como señalaba el informe de la Abogacía del Estado, *"en la medida que las empresas licitadoras podrían haber presentado ofertas diferentes a las formuladas que pudieran haber conducido a la adjudicación del contrato a su favor (artículo 107.3 TRLCSP).*

A mayor abundamiento, la Abogacía del Estado precisó que como la oferta económica presentada por la empresa había sido realizada a la luz del importe de la inserción de los mensajes publicitarios en determinadas épocas del año, el precio de los mismos podría variar si se modificaran las fechas de su realización. También manifiesta que el calendario previsto para la campaña formaba parte esencial, por lo tanto de la oferta a presentar por los licitadores sino que no es posible autorizar una modificación del contrato que implique la realización de unas prestaciones en otras fechas absolutamente distintas a las inicialmente ofertadas.

En este orden de cosas, ha de señalarse que en la cláusula VII ("criterios evaluables mediante fórmulas") del Documento de Licitación del contrato se indica que en el criterio técnico habría de valorarse la estrategia de medios que consiguiera mayor cobertura para la consecución de los objetivos en el medio televisión. Por tanto, la cobertura ofertada para este medio por Media Sapiens Spain, S.L. responde a la propuesta teórica del plan



de medios durante las fechas concretas de julio y agosto en que se preveía que se desarrollara la campaña, que formaba parte de la oferta, y de haberse difundido en días distintos ni la cobertura ni, por consiguiente, la oferta habría sido la misma que la recogida en el citado plan.”

Cuarto. En fecha 21 de noviembre de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que el mismo haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso constituye un recurso especial en materia de contratación, por tratarse de recurso interpuesto contra un acto dictado en un procedimiento de contratación sujeto a regulación armonizada, siendo competente para resolverlo este Tribunal, de conformidad con el art. 41 del aplicable Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

Segundo. La recurrente está legitimada para recurrir, como licitadora eventualmente favorecida por su estimación, ya que conforme al artículo 42 del TRLCSF podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Tercero. Se trata de acto recurrible conforme al art. 40.2 del TRLCSF.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello.

Quinto. Cumple recordar que el artículo 155 del TRLCSF establece lo que sigue: “1. *En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la*

Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. 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.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.”

Este Tribunal ha interpretado este precepto, entre otras, en la Resolución 64/2016, o la 807/2017, así como en la 983/2017, en que, con cita de la Resolución 323/2016, señala:

“el desistimiento se configura como un mecanismo que la Ley ofrece a la Administración para evitar la celebración de aquellos contratos en cuya preparación o procedimiento para la adjudicación se haya incurrido en defecto no subsanable, evitándose así que llegue a generar derechos y obligaciones para las partes. Este procedimiento, lógicamente, podrá ser utilizado por la Administración en todos aquellos casos en que concurren los requisitos que se exigen legalmente. Para que pueda acordarse válidamente, es necesario que esté basado, como se desprende del precepto transcrito, en defecto no subsanable, que se justifique la concurrencia de la causa en que se basa y que se produzca antes de la adjudicación del contrato.”

Existiendo motivación suficiente en el acuerdo de desistimiento (cuestión que no se discute), resta examinar si, como sostiene la Administración contratante, se ha acordado el desistimiento antes de la adjudicación, y si concurre defecto no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de contratación.

Así, alega la recurrente que, constituida la garantía definitiva, debía entenderse ya producida la adjudicación, y, por tanto, ya no cabía el desistimiento. Ciertamente es que la Cl. XVII del PCAP del Acuerdo Marco, al referirse a la constitución de las garantías definitivas conforme se ha transcrito en nuestro Antecedente Primero, se refiere a los “adjudicatarios”. Pero el TRLCSP aplicable deja bien claro que la obligación se impone a los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas (no a los ya adjudicatarios), y la constitución de garantía definitiva, de estar prevista, es presupuesto pero no se confunde ni simultánea con la adjudicación. Así, su TÍTULO IV, “*Garantías exigibles en la contratación del sector público*”, CAPÍTULO I, “*Garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas*”, Sección 1.^a “*Garantía definitiva*”, dispone en su artículo 95. “*Exigencia de garantía.*”: “**1. Los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 87.5, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado....**”

Y su artículo 99, “*Constitución, reposición y reajuste de garantías.*”

1. El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2....”

Asimismo, resulta del hecho, destacado en la cl. XVII del PCAP del Acuerdo Marco, de que la adjudicación debe ser realizada por la DGRCC, y no por el órgano peticionario encargado de la tramitación de la licitación.

Recordemos a estos efectos que tal cláusula se ajusta a lo previsto al efecto en el TRLCSP, pues estamos ante una contratación centralizada de obras, servicios y suministros que, como previene el artículo 206 TRLCSP, se realiza a través de los siguientes procedimientos: o bien mediante la conclusión del correspondiente contrato, o bien a través del procedimiento especial de adopción de tipo que tiene por objeto la adopción de los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios, o bien cuando no se produzca la adopción de los tipos o cuando los tipos no reúnan las características indispensables para satisfacer las necesidades del organismo peticionario, mediante las normas generales de procedimiento.

Y cuando se produzca a través del procedimiento especial de adopción de tipo, el mismo se articula en dos fases: la primera, la conclusión de un acuerdo marco o la apertura de sistema dinámico de contratación; y la segunda, que tiene por finalidad la contratación específica, conforme a las normas aplicables a cada uno de esos sistemas contractuales (artículo 206.3.b) del TRLSCP).

En el caso de que deba hacerse conforme a un acuerdo marco, el 206.3 indica que *“...la consulta por escrito a los empresarios capaces de realizar la prestación, así como la recepción y examen de las proposiciones serán responsabilidad del organismo interesado en la adjudicación del contrato, que elevará la correspondiente propuesta a la Dirección General del Patrimonio del Estado”*.

Y el 198.4 señala: *“Cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se efectuará convocando a las partes a una nueva licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándolos de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:...”*

De modo que si el acuerdo marco no fija todos los términos esenciales, es necesaria una segunda licitación que tramitará el organismo interesado en la adjudicación del contrato,

realizando la correspondiente propuesta, siendo la DGRCC la que ha dictar el acuerdo de adjudicación.

El PCAP no puede apartarse de esta dicción imperativa, y ha de interpretarse de acuerdo a la misma. Y no existiendo acuerdo de adjudicación dictado por la DGRCC, no cabe entender que la adjudicación se hubiera ya producido cuando se acordó el desistimiento, aunque ya estuviese constituida la garantía definitiva.

-En cuanto al segundo aspecto de nuestro análisis, es decir, si en la preparación o procedimiento para la adjudicación se incurrió en defecto no subsanable, cabe señalar lo siguiente:

Como se ha visto en el Antecedente primero, el Documento de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato basado que nos ocupa preveía, en su cláusula IV, que la campaña tendría una duración mínima de 30 días y máxima de 90 días, y se desarrollaría entre el 1 de julio y 31 de septiembre de 2017 (sic: no existiendo tal día, parece claro que se refiere al último de septiembre, el día 30), además de un período de ejecución a terminar antes del 31 de octubre de 2017. Y como resulta del Antecedente Segundo, la propuesta de adjudicación tuvo entrada en la DGRCC con fecha 4 de agosto de 2017 y la garantía de la empresa propuesta como adjudicataria tuvo entrada en el órgano competente para adjudicar el 6 de septiembre.

Es obvio que, a tal fecha, y por mucho que se hubiera apresurado el acto de adjudicación, resultaba imposible ejecutar la parte del contrato relativa a la campaña publicitaria con una duración mínima de 30 días que finalizase antes del último día de septiembre (o, incluso en la mejor interpretación, el 1 de octubre). Se trataría, como señaló el informe obrante en el expediente, de un contrato de contenido imposible, regulado en el art. 1272 del Código Civil, según el cual *"no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles"*.

Se aduce por el recurrente que el periodo de ejecución se extendía hasta el 31 de octubre. Pero, como indica el órgano de contratación, a la vista de los pliegos rectores del contrato, no cabe confundir el *"periodo de desarrollo de la campaña"* (hasta el último día de septiembre) con el *"periodo de ejecución del contrato"*, dado que el primero se refiere

a la difusión de la campaña publicitaria, y venía claramente especificado en la cláusula IV del Documento de Licitación del contrato basado, en los términos ya vistos, diferenciándose en la misma cláusula del *“periodo de ejecución del contrato”* que *“tendrá lugar desde su formalización hasta la finalización de la difusión y de todos los trabajos que incluye el contrato, incluida la presentación de toda la documentación (la referente a la memoria) indicada en el apartado VI de este documento de prescripciones técnicas, y en todo caso antes del 31 de octubre 2017”*, memoria con el contenido previsto en la Cl. VI del PPT que rige la celebración del Acuerdo Marco, transcrita también en nuestro Antecedente primero.

La licitación sufrió, pues, un defecto en la adjudicación, consistente en no haberse realizado los diversos trámites dirigidos a ella en un plazo tal que pudiera adjudicarse el contrato antes de la fecha que hacía posible su ejecución, y, como tal, incardinable en los que permiten el desistimiento al amparo del art. 155 TRLCSP.

En cuanto a si se trata de un defecto subsanable, sólo sería posible modificando el propio contrato, en el particular referido a la duración y términos de la campaña publicitaria que constituye su objeto, regulado en la cláusula IV del Documento de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato basado en el Acuerdo Marco 50/2014.

A estos efectos, el artículo 105 del TRLCSP señala que *“...los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y en los límites establecidos en el artículo 107.*

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase de forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes...”

En este caso, dada la falta de previsiones del PCAP, resulta de aplicación el artículo 107 del TRLSCP que solo permite modificar el contrato cuando concurra alguna de las circunstancias en el contempladas, ninguna de las cuales aparece aplicable remotamente al caso, salvo la letra c) *“Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.”*

Podría pensarse, por ello, en la posibilidad de modificar el contrato entendiendo que la demora en la tramitación del procedimiento de adjudicación podría ser considerada un caso, si no de fuerza mayor, sí fortuito.

Ahora bien, más allá de la demora en la tramitación responda a este concepto, estamos de acuerdo con el informe AE obrante en el expediente en que cualesquiera de los supuestos contemplados en este párrafo primero han de ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo artículo, según el cual *“la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”*.

Señalando el párrafo 3: *“A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:...*

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.”

Y, por una parte, en nuestro supuesto, conforme al Apartado III del Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el Acuerdo Marco 50/2014 (y como recuerda la cl. VI del Documento de Prescripciones Técnicas que rige el contrato basado), se establece la obligatoriedad, por parte de las empresas participantes en la segunda licitación, de presentar un Plan Estratégico de Comunicación que incluya el calendario previsto para la campaña: así, el Plan Estratégico de Comunicación presentado por la empresa, obrante en el expediente administrativo, páginas 55 a 65, establece los días concretos de julio y agosto en que tendrán lugar las campañas publicitarias y los medios en que se llevará a cabo. Entendemos que tal calendario formaba parte esencial de la oferta a presentar por los licitadores, por lo que no es posible autorizar una modificación del contrato que implique la realización de unas prestaciones (publicidad en los medios) en otras fechas distintas a las inicialmente ofertadas.



Obsérvese que, dada la naturaleza de la prestación, también la oferta económica presentada por la empresa lo habrá sido a la luz del importe de realizar determinados anuncios en determinadas épocas del año, siendo que el precio de los mismos puede variar al cambiar los meses de realización.

Y , por otra parte, también puede presumirse, conforme al 107.3 transcrito, que, de haber sido conocida previamente a la modificación, hubieran concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que formaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas; pues, como dice tal informe, de plantearse la campaña en unos meses y no en otros, las empresas licitadoras podrían haber presentado ofertas diferentes a las formuladas, que pudieran haber conducir a la adjudicación del contrato a su favor.

Por ello, de accederse a tal modificación, padecería la igualdad de trato y la transparencia que deben regir la contratación pública. En este sentido, y entre otros casos la Jurisprudencia del TJUE ha calificado una modificación contractual como “sustancial” *“cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada.”*(STJUE de 19-6-2008, C-454/06, C. 35).

Recuérdese a estos efectos que el propio TJUE, en su STSJUE de 7-9-2016, as. C-549/14, ha señalado: “32. Sin embargo, procede hacer constar que ni el hecho de que una modificación sustancial de los términos de un contrato público se deba no a la voluntad deliberada del poder adjudicador y del adjudicatario de renegociar los términos de dicho contrato, **sino a su voluntad de hallar una solución de compromiso a las dificultades objetivas encontradas en la ejecución de dicho contrato**, ni el carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades pueden justificar que se decida proceder a esa modificación sin respetar el principio de igualdad de trato, que debe beneficiar a todas las empresas potencialmente interesadas en un contrato público.

(...)40. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de

que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciias recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad.”

Si bien referida al adjudicatario, la doctrina no es menos aplicable al meramente propuesto como tal.

También incluso en contratos no armonizados (en que rigen los principios de igualdad de trato y transparencia), y si bien para condenar una modificación de las especificaciones técnicas que fundó una exclusión, ha señalado que (STJUE de 16-4-2015, C-278/14) “26.La obligación de transparencia tiene por objeto, en particular, garantizar que no exista riesgo de arbitrariedad por parte del poder adjudicador (véase, por lo que respecta al artículo 2 de la Directiva 2004/18 , la sentencia SAG EL V Slovensko y otros [TJCE 2012, 75] , C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 25 y la jurisprudencia citada).

27. Ahora bien, dicho objetivo no se alcanzaría si el poder adjudicador pudiera incumplir los requisitos que él mismo ha fijado. De este modo, el poder adjudicador tiene prohibido modificar los criterios de adjudicación durante la licitación. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación así como la obligación de transparencia tienen, a este respecto, el mismo efecto en lo que atañe a las especificaciones técnicas.

(...)

29. En consecuencia, el poder adjudicador no puede, tras publicarse una convocatoria de licitación, proceder a una modificación de las especificaciones técnicas relativas a un elemento de un contrato, violando los principios de igualdad de trato y de no discriminación así como la obligación de transparencia. Es



indiferente, a este respecto, que el elemento al que se refieren dichas especificaciones siga o no fabricándose o disponible en el mercado.”

En fin, entendemos que la doctrina que se infiere de estos pronunciamientos abona que no procedía acceder a modificación del plazo de ejecución de la campaña, por lo que el defecto que hacía imposible ejecutar el contrato en sus términos no era subsanable, y resultaba justificado el desistimiento.

Sexto. Frente a ello, la tesis de los actos propios y de la confianza legítima alegados por el recurrente no puede prosperar. Y ello, no porque los actos que generaron la confianza en que el contrato le iba a ser adjudicado sean imputables a un órgano distinto del encargado de la adjudicación-como alega en su informe el contratante-, dada la personalidad jurídica única de la Administración, sino porque no cabe aludir a estos principios si el resultado supone la infracción del ordenamiento jurídico.

Así, en nuestro caso, para que el contrato pudiera ser adjudicado y ejecutado será necesario, como hemos visto, proceder a una modificación sustancial, contra lo previsto en el art. 107 TRLCSP, con afectación además de la igualdad en la concurrencia de terceros y la transparencia en la contratación pública; principios esenciales en la contratación, como se ha explicitado en el Fundamento precedente. Así lo ha señalado nuestro TS, que ha establecido la no aplicación de los actos propios si se trata de una actuación reglada: p ej, STS de 2-4-2014, cas. 1916/2010. *“En cualquier caso, no nos movemos en un ámbito discrecional, que es en el que opera el principio de no ir contra los actos propios, sino en un campo estrictamente reglado, en el que la aplicación correcta de la norma no sólo es automático sino obligado por la Administración.”*

Además de que, como ha dicho nuestro TS (STS de 21-3-2000, cas. 7604/1993), también para rechazar la existencia de “actos propios”, *“los criterios administrativos se expresan en actos formales y por medio del procedimiento administrativo legalmente establecido, y no pueden deducirse de meras ofertas o tratos informales que no cuajaron en actos o contratos.”*, como fueron las conversaciones y emails referidos de contrario. Además de que expresamente se ha cuidado nuestra legislación sectorial de impedir tal efecto en nuestro caso, al disponer en el art. 160 2 del TRLCSP que *“La propuesta de adjudicación*



no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración”, a salvo la necesaria motivación.

Todo ello, sin perjuicio de la operatividad que pudiera tener el principio de confianza legítima en materia de responsabilidad patrimonial, a la que seguidamente aludiremos.

Séptimo. Por último, y en cuanto a que el desistimiento no incorporó indemnización de gastos, ya dijimos en la Res. 479/2013 que la consecuencia jurídica del desistimiento es la compensación por gastos prevista en la legislación de contratación del sector público, pero *“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.”* Sin que, por tanto, puedan concederse en esta sede ni esta Resolución prejuzgue el resultado de tal reclamación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. G. J. H. L., en representación de SAPIENS SPAIN, S.L.U contra Resolución de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 10 de octubre de 2017, por la que se acuerda el desistimiento del procedimiento de adjudicación correspondiente al contrato basado en el *“acuerdo marco 50/2014, destinado a la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, para la materialización de la campaña institucional denominada “Mediterraneamos” del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente”*.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.