



Recurso nº 958/2018

Resolución nº 922/2018

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

En Madrid, a 11 de octubre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.L.D.R.T. en representación de EQU MEDIA XL, S.L., frente al acuerdo de 6 de junio de 2018 de propuesta de adjudicación del contrato, basado en el Acuerdo Marco 50/2017, para la prestación de los “*Servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión del plan de acciones de comunicación sobre infraestructuras, transporte y vivienda del Ministerio de Fomento (2018)*” (Expte. 10/17), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado el 25 de agosto de 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea se convocó la licitación del Acuerdo Marco para la prestación de servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes para difusión de campañas de publicidad institucional (Expediente 50/2017), con un valor estimado de 77.000.000 de euros.

Con base en dicho Acuerdo Marco, el Ministerio de Fomento promovió la contratación de los servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión del plan de acciones de comunicación sobre infraestructuras, transporte y vivienda del Ministerio de Fomento. El valor estimado de este contrato es de 590.082,65 euros.

Segundo. En la cláusula XVI del Pliego de cláusulas administrativas particulares del Acuerdo Marco referido se indica:

“1.- *Procedimiento de adjudicación de los contratos basados*

Una vez celebrado el acuerdo marco, 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, la adjudicación de los contratos basados se realizará convocando a todas las empresas adjudicatarias a una nueva licitación conforme al artículo 198.4 del TRLCSP, por remisión del artículo 206.3 TRLCSP, y de acuerdo con lo indicado en esta cláusula”.

De otra parte, en el documento de licitación del contrato basado al que se refiere el presente recurso se indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del TRLCSP corresponde al Ministerio de Fomento la recepción y examen de las proposiciones, así como la elevación de la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

En tal sentido, mediante acuerdo de 6 de junio de 2018, tal y como consta en la correspondiente acta, por parte del órgano correspondiente del Ministerio de Fomento se acuerda proponer a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda la adjudicación del contrato basado a la empresa MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L., por ser la oferta más beneficiosa en su conjunto para la Administración.

Tercero. Frente a dicha propuesta de adjudicación, que fue notificada el 27 de agosto de 2018, se interpone con fecha 13 de septiembre de 2018 recurso especial en materia de contratación por la empresa EQU MEDIA XL, S.L., asimismo licitadora en el referido contrato y que había obtenido la segunda mejor puntuación en la valoración de las ofertas, manifestando su disconformidad con la valoración sobre la que se sustenta dicha propuesta de adjudicación.

Indica el recurrente que el contrato que nos ocupa está basado en el Acuerdo Marco original, si bien modificando determinadas condiciones de los pliegos administrativos y técnicos de dicho Acuerdo Marco, siendo la incorrecta aplicación de las condiciones establecidas en los pliegos técnicos específicos del contrato basado en el Acuerdo Marco la que da lugar, a su juicio, a la errónea valoración de la oferta de la empresa recurrente.

En tal sentido, se refiere a la valoración del incremento adicional a calcular sobre los criterios establecidos en el Acuerdo Marco 50/2017 para obtener la máxima puntuación. En concreto:

“En cuanto a medios gráficos, se requiere un 20% adicional sobre el 50% mínimo exigido para posicionamiento en página impar. Esto es, un 60%.

En cuanto a Internet, se requiere otro 20% adicional sobre el 30% mínimo exigido respecto a impresiones con presencia en página principal. Esto es, un 36%”.

En referencia a ello, se manifiesta:

“En aplicación de los criterios ya expuestos, cabe constatar un error en la puntuación asignada a la sociedad respecto de los mismos, toda vez que reúne los requisitos para que le sea otorgada la máxima valoración y, sin embargo, los puntos obtenidos son 0 (...).”

Para llegar a tal conclusión, se postula la necesidad de interpretar las cláusulas del contrato en el sentido que defiende, indicando que, en todo caso *“de entenderse confusa la redacción, es claro que dicha oscuridad en ningún caso podrá perjudicar a la parte que no la hubiese provocado y sí deberá redundar en perjuicio de quien la ha ocasionado, esto es, el órgano de contratación”*.

Señala igualmente que el error *“reviste una notoria trascendencia, toda vez que, de haber sido ponderada correctamente su oferta, EQUMEDIA hubiese obtenido la máxima puntuación en la licitación”*.

Se concluye por ello interesando que se anule la propuesta de adjudicación y se retrotraigan las actuaciones al momento en que fueron valoradas las ofertas de los licitadores a fin de que se rectifique la valoración concedida a la recurrente.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso, señalando, tras detallar los antecedentes de la licitación de este contrato, que la propuesta de adjudicación formulada por el Ministerio de Fomento constituye un acto de trámite no cualificado que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal Administrativo Central de

Recursos Contractuales, no puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación.

Se apunta al respecto que el artículo 160.2 del TRLCSP dispone que: *“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”*. Y, de acuerdo con ello, la propuesta de adjudicación efectuada por el Ministerio de Fomento no es un acto de trámite cualificado por cuanto el órgano de adjudicación puede apartarse de él motivadamente, de modo que no pone fin al procedimiento, ni decide directa o indirectamente sobre el fondo. Al no crear derechos invocables por los licitadores, no produce perjuicios irreparables a derechos o interés legítimos, ni produce indefensión por cuanto los defectos pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo, la adjudicación.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite, el día 2 de octubre de 2018, MEDIA SAPIENS SPAIN, S.L.U., mediante escrito en el que defiende como correcta la valoración efectuada de las proposiciones y solicita la desestimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 45.1 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al haberse interpuesto el recurso con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (Disposición Transitoria Primera.4 de la LCSP).

Sin perjuicio de lo anterior, ha de significarse que el procedimiento de adjudicación objeto del recurso se rige por las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), al haberse publicado el anuncio de licitación del Acuerdo Marco en el que se

basa el contrato al que se refiere el recurso con anterioridad a la entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la LCSP (Disposición transitoria primera.5 de esta Ley, conforme a la cual los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se registrarán por la normativa aplicable a estos).

Segundo. La primera cuestión a dilucidar es la de si el recurso resulta admisible por haberse interpuesto frente a un acto susceptible de recurso en esta vía.

En cuanto al régimen legal aplicable al recurso especial tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017 (LCSP), en nuestra Resolución nº 437/2018, en referencia, al igual que sucede en este caso, a la impugnación de un acto dictado con posterioridad a dicha entrada en vigor en un procedimiento regido por el TRLCSP al haberse iniciado el expediente antes de la vigencia de la Ley 9/2017, analizábamos el alcance de la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, que habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

Y, a tal respecto, indicábamos:

“Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia”.

Así las cosas, y en cuanto a si nos encontramos ante un contrato incluido dentro del ámbito objetivo del recurso especial, debe tenerse presente, en línea con lo ya apuntado en cuanto al régimen legal aplicable, que, tratándose de un procedimiento de contratación iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016, el procedimiento que nos ocupa, regido por el TRLCSP, está sujeto al efecto directo de la Directiva 2014/24/UE. Y, tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, como consecuencia de ello, a partir del 18 de abril pueden ser objeto de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, cualesquiera servicios y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la Directiva de su ámbito objetivo de aplicación, entendiéndose desplazado en tal sentido el artículo 16.1 del TRLCSP por la Directiva.

En nuestro caso, se trata de un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva y se supera el umbral establecido en la misma.

Así pues, se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, siendo de aplicación, en cuanto a los actos impugnables, lo dispuesto en el vigente art. 44 de la LCSP.

La cuestión, por tanto, se centra en determinar si el acto impugnado, dada su naturaleza, se encuentra comprendido dentro de los que recoge la nueva previsión del art. 44.2.b) LCSP, conforme a la cual se indica que son susceptibles de recurso en esta vía: *“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”*.

Hemos de determinar por tanto si en el presente caso nos encontramos ante un acto de trámite cualificado susceptible de recurso, por concurrir en el mismo alguna de las

circunstancias señaladas en el precepto. Y, en tal sentido, la respuesta debe ser negativa, conforme a la consolidada doctrina de este Tribunal acerca de que la propuesta de adjudicación efectuada por la mesa de contratación es un acto de trámite no cualificado que no puede ser objeto de recurso especial en materia de contratación (resoluciones 199/2012, 233/2017 o 215/2018, entre otras muchas).

Tal y como hemos reiterado en distintas resoluciones, dicha propuesta no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni, en fin, produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Así, conforme al artículo 160.2 del TRLCSP, aplicable a este contrato:

“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”.

De ello resulta que la propuesta de adjudicación no es un acto de trámite cualificado. En la medida en que el órgano de contratación puede apartarse de la misma motivadamente no es un acto que ponga fin al procedimiento, ni decide directa o indirectamente sobre el fondo. Tampoco genera derechos que se puedan invocar por los licitadores, ni produce perjuicios irreparables a derechos o interés legítimos. Y, en definitiva, no produce indefensión, por cuanto las alegaciones frente a los eventuales vicios pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo, la adjudicación.

En virtud de lo expuesto, impugnándose un acto no susceptible de recurso, habremos de inadmitir el presente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.L.D.R.T. en representación de EQU MEDIA XL, S.L., frente al acuerdo de 6 de junio de 2018 de propuesta de adjudicación del contrato basado en el Acuerdo Marco 50/2017, para la prestación de los “*Servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios para la difusión del plan de acciones de comunicación sobre infraestructuras, transporte y vivienda del Ministerio de Fomento (2018)*”.

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 58.2 de la Ley 9/2017.

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 a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.