

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG

Procedimiento Ordinario 51/2018

Demandante:

PROCURADOR D./Dña.

Demandado: AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON
LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

SENTENCIA NÚM. 297/2019

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

En Madrid, a ocho de mayo de 2019.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 51/3018, por el que la representación procesal de interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resoluciones números 339 y 375 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 16 y 29 de noviembre de 2017, por las que se inadmiten los recursos especiales números 316 y 375 de 2017, formulados, el primero de ellos, contra acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de de, por el que se clasifican las proposiciones para la adjudicación del contrato denominado “servicio de control de accesos e información en edificios e instalaciones municipales”; habiendo sido parte demandada el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, representado Por el Letrado de la Corporación Municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de acto objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 8 de mayo de 2019.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de interpone el presente recurso contencioso administrativo contra resoluciones números 339 y 375 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 16 y 29 de noviembre de 2017, por las que se inadmiten los recursos especiales números 316 y 375 de 2017, formulados, el primero de ellos, contra acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de 6 de septiembre de 2017, por el que se clasifican las proposiciones para la adjudicación del contrato denominado “servicio de control de accesos e información en edificios e instalaciones municipales”, por cuanto que el rechazo de la oferta de la recurrente incurra en presunción de temeridad corresponde, de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del TRLCP, a la entidad contratante, no a la Mesa de Contratación, que se limita a realizar una propuesta al órgano de contratación, quién podrá confirmar o separarse del parecer de la Mesa en los términos del apartado 4 del artículo 152, rechazando o admitiendo las ofertas incursas en temeridad, momento en el que adquirirá la condición de acto administrativo recurrible. En consecuencia

con lo razonado el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid inadmite el recurso especial por no ser el acto recurrido susceptible de recurso, sin perjuicio de la posibilidad de interponerlo una vez que se haya dictado el acto de adjudicación. El segundo recurso especial se interpone contra la adjudicación del contrato por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de octubre de 2017 y notificado al interesado por correo electrónico el 17 de octubre. Este recurso especial, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo inadmite por extemporáneo, por cuanto que el recurso especial no se formula hasta el 24 de noviembre de 2017, esto es, transcurrido el plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP

SEGUNDO.- Pretende la recurrente se declare la nulidad del acuerdo de exclusión de y de adjudicación a Navalservices SL, dictado por la Mesa de Contratación y la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, declarando su mejor derecho a ser adjudicataria del contrato atendiendo a las valoraciones realizadas por la prueba pericial practicada y subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible la adquisición del equipo por ella ofertado, se la indemnice en la suma que habrá de determinarse en ejecución de sentencia sin que sea inferior a los beneficios dejados de percibir, cuantificados en el 6% de ejecución material, alegando, en síntesis, que la resolución 316/2017 es contraria a derecho, ya que la decisión de admisión de un licitador al que se le atribuye defectos en la acreditación de sus previas condiciones de solvencia técnica o económica constituye una decisión recurrible, de conformidad con la definición prevista en el artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CE del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras. La legislación española, concretada en el artículo 40 del TRLCSP, de cuyo literal se deduce la no impugnabilidad de actos de trámite no cualificados, como la admisión de los licitadores, resulta incompatible con la normativa europea e inaplicable por efecto del principio de primacía, concluyendo que el TACP de la tenía la obligación de entrar a resolver sobre el fondo y no inadmitir el recurso especial.

Por otro lado aduce que la resolución 367/2017, es, asimismo, contraria a derecho, afirmando que la interposición de un recurso especial en materia de contratación

comporta la suspensión automática de la adjudicación hasta que la resolución del recurso sea firme o interpuesto recurso contencioso administrativo, el órgano de la jurisdicción decida sobre la suspensión. El dies a quo para plantear el recurso especial comenzaba el 18 de octubre de 2017 y el dies ad quem era el 8 de noviembre de 2017, pero el expediente fue suspendido el 2 de noviembre de 2017, es decir, cuando había transcurrido 11 días hábiles del plazo de 15 días que otorga la ley, dictándose el levantamiento de la suspensión el 21 de noviembre de 2017, siendo por ello que el segundo recurso presentado el 24 de noviembre de 2017, se encontraba dentro del plazo de los 15 días hábiles para su interposición.

Finalmente la demanda se extiende a exponer como se calcularon los costes de la oferta para concluir que era viable y que el informe técnico en que se basó el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón para excluir su oferta por temeraria carece de motivación y rigor técnico ya que se basa en meras conjeturas.

El Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón se opone a la pretensión del recurrente solicitando la desestimación del recurso, alegando, en síntesis, que la Mesa de Contratación no excluye sino que propone al órgano de contratación, por lo que se trata de un mero acto de trámite que no puede ser objeto de recurso especial, por lo que bajo ningún concepto puede tener los efectos suspensivos que invoca la actora.

TERCERO.- Con carácter previo hay que poner de relieve que el objeto de presente recurso contencioso administrativo son las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, reseñadas en el fundamento de derecho primero, que inadmitieron los recursos especiales formulados, por un lado, contra acuerdo de la Mesa de Contratación de clasificación definitiva de las ofertas, con rechazo de la del recurrente y proponiendo la adjudicación a por ser la más ventajosa, por no ser el acto recurrido susceptible de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y por otro, contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón en sesión de 11 de octubre de 2017, por extemporaneidad en su interposición.

Por tanto, en el supuesto de estimación del recurso procedería la anulación de la resolución o resoluciones impugnadas, retrotrayendo el expediente para que

por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se pronuncie sobre el fondo del asunto planteado por no darse las causas de inadmisión mencionadas.

En consecuencia, este Tribunal no puede entrar en el examen de fondo del asunto planteado, ni pronunciarse sobre la indemnización solicitada, sino, única y exclusivamente, sobre si las resoluciones recurridas que declararon la inadmisión de los recursos especiales son o no conformes a derecho.

Dicho lo anterior, para la adecuada resolución del presente litigio se ha de tener como acreditado lo siguiente, tal y como resulta de los documentos obrantes en el expediente administrativo.

La Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, con fecha 6 de septiembre de 2017, expone como antecedentes que, con fecha 14 de julio de 2017 se procedió a la apertura del sobre nº 2 "proposición económica", con el resultado que en ella se hace constar, y en lo que aquí interesa, que la oferta económica de precio/hora (IVA excluido) era de 6,89 euros y la del de 7,00 euros constatándose que estaba incurso en valores anormales o desproporcionados, habiéndole otorgado el trámite de audiencia preceptivo, presentando escrito el 17 de julio justificando la oferta realizada, si bien, el informe técnico emitido por el Técnico de Régimen Interior considera insuficiente el importe ofertado por hora para la prestación del servicio. Por ello, la Mesa de Contratación, por unanimidad acuerda: 1) Considerar que la oferta de no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados. 2) Clasificar las ofertas con arreglo al orden definitivo de ofertas económicamente más ventajosas (relacionando a los distintos licitadores cuyas ofertas han sido admitidas). 3) Proponer la adjudicación del contrato a la oferta más ventajosa económicamente. 4) Requerir al propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación a que se refiere la cláusula 17 del PCAP. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón el día 28 de septiembre de 2017, sin que haya sido notificado.

Consta, asimismo, en el expediente la propuesta de resolución realizada por el Técnico de Administración General, Jefe del Departamento de Asuntos Jurídicos y Contratación, para su elevación a la Junta de Gobierno Local del citado

Ayuntamiento, el cual en sesión celebrada el 11 de octubre de 2017, en su punto octavo del orden del día, por unanimidad de los asistentes acuerda aprobar la citada propuesta, que en lo que aquí interesa “ *considera que la oferta de no puede ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, teniendo en cuenta el informe técnico emitido y la justificación presentada por dicho licitador*”. En la notificación de dicho acuerdo municipal expresamente se hace constar que “*contra el precedente acuerdo podrá interponerse con carácter potestativo el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 del 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 el plazo de 15 días desde su notificación, o recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de los de Madrid , en el plazo de 2 meses desde su notificación*”. Dicho acuerdo fue notificado al interesado el 17 de octubre de 2017 e interpuesto el recurso especial en materia de contratación el 24 de noviembre de 2017.

El hoy recurrente interpuso el recurso especial nº 316/2017 contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de 6 de septiembre de 2017, que fue inadmitido por resolución nº 339/2017, de 16 de noviembre, del TACP de la Comunidad de Madrid, por no ser el acto recurrido susceptible del recurso especial , en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, por tratarse de una propuesta que será resuelta por el órgano de contratación (la Junta de Gobierno Local) junto con la resolución por la que se adjudique el contrato. Por otro lado, interpuso el recurso especial nº 375/2017 contra la resolución de la Junta de Gobierno Local adjudicando el contrato que fue inadmitido por resolución 367/2017, de 29 de noviembre, del TACP de la Comunidad de Madrid, por extemporaneidad en su interposición, por cuanto que notificado el citado acuerdo municipal el 17 de octubre de 2017 el recurso especial no fue presentado hasta el 24 de noviembre, por tanto, transcurrido el plazo de 15 días hábiles, establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

CUARTO.-En primer término pasamos al examen de la resolución 339/2017 del TACP de la Comunidad de Madrid.

El artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 dispone que “ *Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: a) los anuncios de licitación , los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación. b) 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. Se considerarán actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación, por los que se acuerde la exclusión de los licitadores. c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores*”. De forma similar se pronuncia el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respecto a los recursos administrativos.

La Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, si bien no es aplicable al presente supuesto, conforme a su disposición transitoria primera.4 que dispone que “...*los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40 , respectivamente, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo*”, regula de dicha materia de una forma similar a la expuesta, al establecer en el artículo 44.2.b) que serán susceptible de recurso especial en materia de contratación “ *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 considerarán 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 exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149*”.

Por tanto, para poder recurrir los actos de trámite se exige 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, considerando la normativa aplicable a este recurso (TRLCSLP) como actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, los actos de la Mesa de Contratación acordando la exclusión del licitador. La nueva LCSP considera 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 exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas. En consecuencia, no se pone en entredicho que los actos de la Mesa de Contratación puedan ser objeto de recurso especial pero para ello se requiere que sean actos de trámite cualificados en los términos expuestos, es decir, que la resolución de la Mesa de Contratación acordando la exclusión de un licitador o de una oferta sea un acto definitivo, no sometido, por tanto, a la aprobación del órgano de contratación.

Ahora bien, en el caso enjuiciado, el acuerdo de la Mesa de Contratación de 6 de septiembre de 2017, es un mero acto de trámite no susceptible de recurso especial, por cuanto que se trata de una mera propuesta de exclusión de la oferta del recurrente por contener valores anormales o desproporcionados, que se eleva al órgano de contratación para su aprobación, y que, según la disposición adicional segunda, apartado 3 del TRLCSLP, sobre normas específicas de contratación de las Corporaciones Locales, es la Junta de Gobierno local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo, sin que dicho órgano municipal quede vinculado por la citada propuesta, pudiendo, por tanto, aceptarla o rechazarla. En efecto, el artículo 152.4 del TRLCSLP dice que “ *si el **órgano de contratación**, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la licitación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior*” Por tanto, es el órgano de contratación, en el presente caso, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, quién en sesión de 11 de octubre de 2017 acordó excluir la oferta de al no poder ser cumplida por incluir valores anormales o desproporcionados, y no la Mesa de Contratación, quién se limitó a elaborar una

propuesta que requería de la correspondiente aprobación por el órgano de contratación.

Avala lo expuesto, no solo, el hecho de que la Junta de Gobierno Local, en sesión de 11 de octubre de 2017 acordase excluir la oferta de, como ya hemos expuesto, actuación que no hubiera sido necesaria si la Mesa de Contratación hubiera acordado previamente y de forma definitiva la exclusión del licitador, sino también, porque el único acuerdo notificado al interesado, dándole pte de los correspondientes recursos, es el mencionado de la Junta de Gobierno Local y no el de la Mesa de Contratación que se limitó a publicarse en el perfil del contratista, por lo que el interesado podía impugnar, como así hizo, dicha resolución administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 44.3 del TRLCSP.

Finalmente debemos señalar que este Tribunal no aprecia que el artículo 40 del TRLCSP sea incompatible con la normativa europea, por cuanto que la no admisión de la oferta del licitador, como ya hemos dicho, no se produce hasta que la Junta de Gobierno Local adopta el acuerdo rechazando dicha oferta por contener valores anormales o desproporcionados y es dicho acuerdo el que es susceptible del recurso especial y no el de la Mesa de Contratación, que es un mero acto de trámite no definitivo

A la vista de lo razonado procede desestimar el recurso respecto a la resolución nº 339/2017, por considerarla conforme a derecho.

QUINTO.- El recurso especial 375/2017, como ya hemos expuesto, fue inadmitido por extemporáneo por resolución del TACP de la Comunidad de Madrid 367/2017, de 29 de noviembre.

El artículo 44 del TRLCSP dispone en su apartado segundo que “ *el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4* “.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, en sesión de 11 de octubre de 2017, adjudicó el contrato y excluyó la oferta del hoy recurrente por contener valores anormales o desproporcionados, siendo notificada

al interesado el día 17 de octubre, haciendo constar en la notificación que el plazo para formular el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 del 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, era de 15 días desde su notificación. Sin embargo, el recurrente no dedujo el citado recurso hasta el 24 de noviembre de 2017, esto es, extemporáneamente, ya que había transcurrido el plazo de 15 días para su interposición.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la resolución impugnada analiza las consecuencias que tiene no haber presentado en plazo el recurso contra la adjudicación cuando estaba aún tramitándose el otro recurso contra la resolución de la Mesa de Contratación, llegando a la conclusión de que la presentación de un recurso contra un acto de trámite no susceptible de recurso especial no impide la presentación de otro contra, precisamente, el acto que debe recurrirse por poner fin al procedimiento, como así se le dijo en la notificación, si bien, es evidente que se han de cumplir los plazos para su interposición.

Razonamiento que este Tribunal comparte en su integridad.

A ello debe añadirse, como también se dice en la resolución recurrida, que el recurso especial contra el acuerdo de la Mesa de Contratación se interpone el 17 de octubre de 2017, el mismo día en que se le notificó al interesado el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de octubre de 2017, adjudicando el contrato y rechazando su oferta por contener valores anormalmente bajos, sin que ni el recurrente ni el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón pusieran en conocimiento del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el referido hecho, lo que tenía una importancia decisiva, impidiendo con ello que el citado Tribunal hubiera acumulado ambos recursos o hubieran entendido que la única actuación impugnada era la referente a la adoptada por la Junta de Gobierno Local, por lo que la suspensión del procedimiento acordada por el citado Tribunal con fecha 2 de noviembre de 2017 (varios días después de adoptarse el acuerdo adjudicando el contrato y notificándose a los interesados) con fundamento en que sería posible llegar a la adjudicación del contrato con anterioridad a la resolución

del recurso, carece de eficacia, por cuanto que la adjudicación de contrato ya había sido efectuada con anterioridad a dictarse la resolución de suspensión.

Finalmente destacar que ninguna indefensión se la ha producido a la actora, quién tuvo conocimiento del acuerdo de la Junta de Gobierno local de 11 de octubre de 2017 rechazando su oferta y en cuya notificación se le decía claramente el plazo para la interposición del recurso especial, sin que lo efectuara en el término señalado.

En consecuencia con lo expuesto, no pueden aceptarse las alegaciones actoras para entender interpuesto en plazo el recurso, y, por tanto, procede desestimar la demanda , confirmando la resolución nº 367/2017, del TACP de la Comunidad de Madrid, que declara inadmisibile por extemporáneo el recurso especial , por lo que no era factible entrar en el examen de fondo de las cuestiones planteadas, en razón a que es un plazo de caducidad, que una vez transcurrido deja consentida y firme la resolución recurrida.

SIXTO.- Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente , conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA, al haber sido desestimada todas sus pretensiones; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita la cuantía a la cantidad de 1.000 euros, mas IVA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de, confirmando las resoluciones recurridas por ser conformes a derecho; con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº especificando en el campo “concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general) y se consignará el número de cuenta expediente en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.