

Recurso 411/2024
Resolución 461/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZOSMAMEDIA S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta, inicialmente incurra en baja anormal o desproporcionada, dictada en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio de planificación estratégica y compra de espacios publicitarios en los medios de prensa, radio, televisión, audiovisuales y otros soportes publicitarios así como la organización, ejecución y seguimiento de acciones de comunicación y promocionales que contribuyan a difundir la marca Benahavís y Ayuntamiento de Benahavís», (Expediente 535/2024), convocado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Benahavís (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de mayo de 2024, se publicó anuncio de licitación en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea. Asimismo, el día siguiente los pliegos y demás documentación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 6.611.098,60 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

En lo que aquí concierne, la mesa de contratación en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2024, entre otras consideraciones, adopta el siguiente acuerdo: *«INADMITIR la oferta presentada por ZOSMAMEDIA por NO considerar debidamente justificada la oferta, y por tanto, EXCLUIR a la empresa licitadora».*

Posteriormente, en la sesión celebrada el 24 de septiembre de 2024 por la mesa de contratación, relativa a la propuesta de adjudicación, dicho órgano pone de manifiesto en lo que aquí interesa que *«Al haberse excluido la oferta de NF AGENCIA DE MEDIOS INDEPENDIENTE SLU al no haber adjuntado a la oferta el Anexo II de proposición económica, siendo un documento no subsanable, y al haberse excluido a la empresa ZOSMAMEDIA por entender la*



mesa de contratación, que no está lo suficientemente justifica la oferta considerada anormalmente baja, la única oferta admitida es la de ÍCARO CONSULTORES EN COMUNICACIÓN, S.L., y, por tanto, es la empresa mejor valorada, y obtiene una puntuación de 100 puntos».

Las correspondientes actas de la mesa de contratación de las sesiones celebradas los días 12 y 24 de septiembre de 2024 fueron publicadas en el perfil de contratante, respectivamente, los días 13 y 25 de septiembre de 2024.

SEGUNDO. El 10 de octubre de 2024 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, a través del Sistema de Interconexión de Registros de la Administración general del Estado donde fue presentado el día 4 de octubre de 2024, escrito de recurso especial en materia de contratación dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, interpuesto por la entidad ZOSMAMEDIA S.L. (en adelante la recurrente) contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, sin que conste que la recurrente haya comunicado a este Órgano tal circunstancia en los términos exigidos en el párrafo segundo del artículo 51.3 de la LCSP.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 11 de octubre de 2024, se le solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso especial en materia de contratación interpuesto, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido el 16 de octubre de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Benahavís (Málaga), no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido además a este Tribunal la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dado su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública por lo que, desde el punto de vista del contrato recurrido, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartado 1 a) de la LCSP.

No obstante, el acto impugnado debe ser objeto de análisis. En este sentido, como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, la mesa de contratación acordó el 12 de septiembre de 2024 la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, por no justificar adecuadamente su proposición, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada. Asimismo, como también se ha reproducido anteriormente, la mesa de contratación en su sesión celebrada el 24 de septiembre de 2024 afirma que, al haberse excluido, además de a otra entidad, a la empresa recurrente por entender que no está lo suficientemente justificada la oferta



considerada anormalmente baja, la única oferta admitida es la de ÍCARO CONSULTORES EN COMUNICACIÓN S.L., a la que propone para la adjudicación del contrato.

A partir del acta de la citada sesión de la mesa de contratación de 24 de septiembre de 2024, la documentación obrante en el expediente de contratación remitido a este Tribunal la constituye, en esencia, la relacionada con el requerimiento de documentación a la oferta mejor valorada, sin que figure documento alguno de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Benahavís, como órgano de contratación, de exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente por no acreditar la viabilidad de su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada.

Pues bien, el artículo 149 de la LCSP se refiere a las ofertas anormalmente bajas y regula un procedimiento contradictorio dirigido a que la entidad licitadora, cuya oferta está inicialmente incurso en presunción de anormalidad, pueda justificar la viabilidad de su proposición.

El apartado 6 del precepto legal dispone que *«La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.*

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.». (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 326.2 de la LCSP establece las funciones de la mesa indicando que *«La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario:*

a) La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

b) La valoración de las proposiciones de los licitadores.

c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley.

d) La propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación.

e) En el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación, la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.» (el subrayado es nuestro).

A la luz de la regulación legal expuesta, la mesa de contratación -como órgano de asistencia técnica al órgano de contratación- debe limitarse en el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 149 de la LCSP a proponer motivadamente al órgano de contratación la propuesta de aceptación o rechazo de la oferta inicialmente incurso



en presunción de anormalidad; siendo el órgano de contratación el competente para excluir o aceptar la proposición.

En el supuesto analizado, la mesa de contratación, al excluir directamente la oferta de la entidad ahora recurrente, ha vulnerado lo dispuesto en los preceptos legales antes referidos, ejerciendo una función que corresponde en todo caso al órgano de contratación. Es más, ha impedido que este último pueda hacer uso de la competencia que le atribuye el artículo 149.6 párrafo segundo de la LCSP; cual es decidir si excluye o acepta la oferta, pudiendo -a la hora de adoptar esta decisión- haber asumido la propuesta del órgano colegiado de asistencia o apartarse motivadamente de ella.

En consecuencia, el acto impugnado, pese a su sentido categórico en cuanto al rechazo de la proposición de la recurrente solo tiene, legalmente, el valor de una propuesta que debe ser confirmada posteriormente por el órgano de contratación para que produzca los efectos de exclusión de la licitación.

Como tal propuesta de exclusión no es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP. En este punto, conviene precisar que si, al menos, el órgano de contratación hubiese efectuado alguna actuación posterior de la que pudiera desprenderse que ha convalidado expresa o tácitamente la decisión de exclusión de la mesa, este Tribunal por razones de economía procedimental habría entrado a conocer de la cuestión de fondo suscitada en el recurso, pero en el estado actual del procedimiento de adjudicación no hay indicio alguno de que el órgano de contratación haya validado de forma expresa o tácita el rechazo de la oferta acordado por la mesa.

En el sentido expuesto, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en las Resoluciones 147/2023, de 3 de marzo y 436/2024, de 4 de octubre, que inadmiten los recursos interpuestos contra sendos acuerdos de exclusión de una oferta anormal, adoptados por la mesa de contratación. En concreto, en la citada Resolución 147/2023 se indicaba que *«En este sentido, de conformidad con el citado artículo 149 de la LCSP, la competencia para la aceptación o rechazo de una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, es del órgano de contratación, la mesa de contratación solo tiene competencia para la identificación de las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, para la tramitación del procedimiento contradictorio y para la propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación.»*

En el supuesto examinado, según consta en el expediente remitido, la mesa de contratación ha realizado la función que le encomienda el citado artículo 149 de la LCSP, esto es ha identificado las ofertas incursas inicialmente en baja anormal, ha tramitado el procedimiento contradictorio y, finalmente, en el caso de la entidad ahora recurrente, ha excluido su oferta por no acreditar la viabilidad de la misma, siendo un órgano no competente para ello, sin que el órgano competente haya dictado un acto posterior que pueda convalidar aquel, que ha de considerarse a todos los efectos como propuesta de exclusión.

Pues bien, respecto a dicho acto considerado como de propuesta de exclusión, ha de determinarse si es o no susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP, esto es si es posible o no considerarlo como acto de trámite cualificado.

En relación a los actos de trámite no cualificados dictados en el procedimiento de adjudicación, y en consecuencia no susceptibles de impugnación independiente a través del recurso especial en materia de contratación, ya se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, por todas, en la Resolución 112/2020, de 14 de mayo- que refiere que «A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí



mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite».

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal dispone que podrán ser objeto del recurso: «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».

En este sentido, procede concluir que el acto de la mesa de contratación, no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, dado que no concurre en el mismo ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa un perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación, sino que el supuesto defecto de tramitación, esto es la apreciación de la inviabilidad de su oferta puede ser alegada al recurrir el acto de exclusión o, en su caso, el de adjudicación, en ambos casos adoptados por el órgano de contratación».

Y en el mismo sentido, cabe citar entre otras la Resolución 145/2019, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que se señalaba que «(...) debe precisarse que la Mesa de Contratación no tiene la competencia, conforme al artículo 326 de la LCSP, para excluir una oferta, sino que su función se debe limitar, como indica el apartado segundo del precepto, a calificar la documentación, valorar las proposiciones de los licitadores, proponer, en su caso, la calificación de una oferta como anormalmente baja, y proponer al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta. En el mismo sentido, como se deduce del artículo 149.6 de la LCSP al regular las ofertas anormalmente bajas, la mesa de contratación no tiene ninguna capacidad resolutoria para excluir una oferta por este motivo, sino que lo único que puede realizar es elevar una propuesta motivada de aceptación o rechazo al órgano de contratación, que resolverá en uno u otro sentido, tal y como anteriormente establecía el artículo 152.4 del TRLCSP. No obstante, cabe considerar que el órgano de contratación ha convalidado tácitamente esta indebida exclusión de la Mesa al haber aceptado la clasificación de las ofertas realizada por la Mesa y su propuesta de adjudicación, mencionando la exclusión del licitador recurrente en el acuerdo de adjudicación; confirmación que resulta también de los informes del órgano en ambos recursos, en donde hace plenamente suya la argumentación del informe técnico sobre no justificación de la baja temeraria que asumió la mesa. Ello nos lleva a considerar que el verdadero acto impugnado, y único cuya legalidad debe enjuiciar este Tribunal, es el acuerdo de adjudicación dictado por el Órgano de Contratación, en el que al mismo tiempo se acuerda la exclusión del licitador recurrente por incurrir su oferta en baja temeraria, convalidando la previa decisión de la Mesa».

Asimismo, en términos similares, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 164/2022, de 21 de abril, inadmitió el recurso especial contra la exclusión de una oferta anormal adoptada por la mesa, con la siguiente fundamentación: «El recurso se ha interpuesto contra el rechazo de la oferta de recurrente, acordado por la mesa de contratación que, a la vista del informe técnico emitido, considera que no se ha justificado la viabilidad de la oferta incurso en presunción de anormalidad.



La propuesta de la mesa es un acto de trámite que se viene considerando por los tribunales de contratación como no cualificado en tanto en cuanto requiere de su aceptación por el órgano de contratación. Por tanto, corresponde únicamente al órgano de contratación la competencia para rechazar la oferta en base a dicha propuesta, que bien pudiera confirmar o separarse del parecer de la mesa. Por ello, se considera un acto de trámite no cualificado, por no decidir la adjudicación, ni determinar la imposibilidad de continuar en el procedimiento, y sobre todo por no producir indefensión puesto que en todo caso cabe la interposición de recurso por parte de (...) contra la adjudicación el contrato, en el momento en que ésta se produzca, si lo considera oportuno.

Podría plantearse la posibilidad de admitir el recurso por economía procedimental, sin embargo (...) Que el Tribunal entrase a revisar el acto del órgano auxiliar de aquel que es competente para dictarlo, supondría en cierto modo hurtarle las competencias que le son propias, al condicionar su decisión al haberse pronunciado ya sobre la justificación presentada y la razonabilidad del informe que fundamente la propuesta».

Con base en las consideraciones expuestas, no es posible dar la razón al órgano de contratación cuando con cita y reproducción de los artículos 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, el 44.2.b) de la LCSP y el 84 del RGLCAP, afirma que la mesa de contratación puede excluir a una entidad licitadora por no justificar, previa subsanación, una oferta en presunción de anormalidad. Por lo mismo, tampoco es posible aceptar la indicación de la recurrente de que el acto de exclusión de la mesa de contratación de una oferta inicialmente incurso en baja anormal es susceptible de recurso especial.

En definitiva, el recurso debe inadmitirse por haberse interpuesto contra un acto que no es susceptible de aquel al tener el valor de una propuesta de exclusión en los términos previstos en el artículo 149.6 de la LCSP.

Concorre, pues, la causa de inadmisión del recurso prevista en el artículo 55 c) de la LCSP, al haberse interpuesto contra un acto no susceptible de tal; sin perjuicio del derecho que asiste a la recurrente de interponer nuevo recurso, en caso de que el órgano de contratación confirme la decisión de exclusión de la mesa. La inadmisión del recurso por tal causa hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara y pronunciarse sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal.

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZOSMAMEDIA S.L.**, contra el acuerdo de la mesa de contratación por el que se excluye su oferta, inicialmente incurso en baja anormal o desproporcionada, dictada en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio de planificación estratégica y compra de espacios publicitarios en los medios de prensa, radio, televisión, audiovisuales y otros soportes publicitarios así como la organización, ejecución y seguimiento de acciones de comunicación y promocionales que contribuyan a difundir la marca Benahavís y Ayuntamiento de Benahavís», (Expediente 535/2024), convocado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Benahavís (Málaga), al no tratarse de un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial, en los términos analizados en la presente resolución.



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

