

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ascender S.L., contra el Decreto 5850, de 4 de abril de 2022 del Ayuntamiento de Alcobendas, por el que se resuelve el recurso presentado por dicha empresa contra el Decreto 3503, de 1 de marzo de 2022, por el que se acordaba la clasificación de los licitadores en el procedimiento de licitación “Suministro e instalación de butacas y revestimiento de suelo (moqueta) para el Teatro Auditorio Ciudad de Alcobendas”, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 2 de diciembre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 213.347 euros, con un plazo de ejecución de 80 días.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 11 de febrero de 2022 la mesa de contratación procede a la lectura del informe técnico elaborado en fecha 1 de febrero de 2022 relativo a los criterios sujetos a juicio de valor, aprobando su contenido, de modo que Sociedad Cooperativa Obrera “EZCARAY”, obtiene un total de 40 puntos y la empresa Ascender S.L, un total de 30 puntos.

A continuación, se ha procedido a analizar la oferta económica y la documentación técnica relativa a criterios valorables mediante fórmula, contenidas en el sobre 3, otorgando 60 puntos a Ascender y 41,49 a la Sociedad Cooperativa, arrojando una puntuación total de 90 puntos para la primera y 81,49 para la segunda.

Con fecha 17 de febrero 2022, se reúne la mesa de contratación, tras la puesta en conocimiento por parte de una de las empresas licitadoras de la existencia de un error material en el cálculo de las puntuaciones otorgadas a la oferta económica, consistente en la aplicación errónea de la fórmula de valoración de las ofertas económicas. Se realiza un nuevo informe, que es aceptado por la mesa de contratación, quedando la puntuación definitiva del siguiente modo: Ascender, 90 puntos y Sociedad Cooperativa, 91,44 puntos.

Mediante Decreto 3503/2022, de 1 de marzo, se acuerda aceptar la clasificación propuesta y requerir al propuesto como adjudicatario para que presente la documentación justificativa que se detalla en las cláusulas 14 y 15 del PCAP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP.

En la citada Resolución se hace constar: *“Cuarto.- Frente al presente acto se podrán interponer los recursos legalmente establecidos en los términos indicados en los arts. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso previsto en los arts. 44 y siguientes de la LCSP”*.

El Decreto fue publicado en la PCSP el día 3 de marzo de 2022.

Con fecha 7 de marzo de 2022, Ascender presentó escrito solicitando la revisión de la puntuación que le fue otorgada, al considerar que no han sido valorados determinados aspectos de la documentación contenida en su oferta.

Mediante Decreto 5850/2022, de 4 de abril, de acuerdo desestimar la revisión de la puntuación solicitada.

Con fecha 28 de abril de 2022, Ascender presentó recurso especial en materia de contratación contra este último Decreto.

Tercero.- El 4 de mayo de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe, así como el recurso, a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Con carácter preliminar es preciso determinar si el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

A este respecto, el artículo 44.2 de la LCSP establece *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

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. 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.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

En su apartado 5 establece *“Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios”.*

En el caso que nos ocupa, el Decreto 3503/2022, de 1 de marzo, de manera poco diligente e ignorando lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 44 de la LCSP, daba pie de recurso señalando que podrán interponer los recursos legalmente establecidos en los términos indicados en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso previsto en los artículos 44 y siguientes de la LCSP. Esta errónea información, ha llevado al recurrente a presentar indebidamente un recurso administrativo vedado por la normativa citada, lo que ha supuesto una dilación innecesaria del procedimiento de licitación. Sería deseable que los órganos de contratación actúen con la diligencia y el rigor jurídico necesarios para evitar situaciones como la que nos encontramos en el presente recurso.

En cualquier caso, nos encontramos ante un recurso interpuesto contra la clasificación de las ofertas, por lo que procede determinar si estamos ante un acto recurrible de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LCSP, en concreto en su apartado 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).*

A este respecto, hay que destacar que la doctrina de los tribunales de resolución de recursos, salvo algunas excepciones, entre las que se puede incluir algunas de este Tribunal y del propio TACRC en sus Resoluciones 174/2021 y 421/2021, ha mantenido la consideración del acuerdo de clasificación realizado por el órgano de contratación como un acto no susceptible de recurso especial al no considerarlo un acto de trámite cualificado.

En este sentido, este Tribunal acoge la doctrina prácticamente unánime considerando que dicho acto no es recurrible mediante recurso especial al no cumplir los requisitos del artículo 44.2.b) de la LCSP.

El artículo 150.2 establece *“Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo*

140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos”.

En el momento de presentación de las ofertas, con carácter general, se exige únicamente la presentación del DEUC, dejando para el momento posterior a la clasificación de las ofertas la acreditación de los requisitos de solvencia técnica y económica, así como disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y demás requisitos exigidos en los pliegos. Esta circunstancia provoca que, en numerosas ocasiones, el clasificado en primer lugar no acredite los requisitos señalados, por lo el órgano de contratación debe entender, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150 de la LCSP, que el licitador ha retirado su oferta.

Esta circunstancia, que no resulta excepcional, confiere al acto de clasificación de las oferta un carácter de cierta provisionalidad, al estar condicionado al cumplimiento de la previsión del ya citado artículo 150 de la LCAP, que le impide tener la consideración de un acto de trámite cualificado, en cuanto a su decisión indirecta respecto a la adjudicación, siendo, a juicio de este Tribunal más ajustado a Derecho esperar a la adjudicación del contrato, que ya es un acto incondicionado, para plantear el recurso especial.

El hecho de que el acto de clasificación realizado por el órgano de contratación no sea susceptible de recurso especial no provoca limitación al derecho a la tutela judicial efectiva ni le produce indefensión, ya que siempre tiene abierta la vía de recurso contra la adjudicación del contrato.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 c) de la LCSP procede la inadmisión del recurso al haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44, sin perjuicio de la procedencia del recurso contra la adjudicación del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Ascender S.L., contra el Decreto 5850/2022, de 4 de abril del Ayuntamiento de Alcobendas, por el que se resuelve el recurso presentado por dicha empresa contra el Decreto 3503/2022, de 1 de marzo, por el que se acordaba la clasificación de los licitadores en el procedimiento de licitación “Suministro e instalación de butacas y revestimiento de suelo (moqueta) para el Teatro Auditorio Ciudad de Alcobendas”.

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 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.