

ACUERDO 9/2021, DE 11 DE MARZO DE 2021, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO PRESENTADO POR D. MARCO AURELIO PÉREZ SÁNCHEZ CONTRA RESOLUCIÓN 17/21 DE NOMBRAMIENTO DE NUEVO MIEMBRO DEL COMITÉ DE EXPERTOS PARA EL CONTRATO DE SERVICIOS “APOYO TÉCNICO AL GABINETE DE PRENSA: DESARROLLO DE ESTRATEGIA, CREATIVIDAD, DISEÑO Y PRODUCCIÓN DE CAMPAÑAS DE COMUNICACIÓN Y ACCIONES PUBLICITARIAS; Y PLANIFICACIÓN, CONTRATACIÓN DE MEDIOS, SOPORTES Y ESPACIOS PUBLICITARIOS Y EVALUACIÓN DE RESULTADOS” (EXPTE. XP1241/2020- EXPTE. TRIBUNAL 7/2021)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Cabildo de Gran Canaria se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 18 de diciembre de 2020 el anuncio de licitación del contrato de servicios denominado “Apoyo técnico al gabinete de prensa: desarrollo de estrategia, creatividad, diseño y producción de campañas de comunicación y acciones publicitarias; y planificación, contratación de medios, soportes y espacios publicitarios y evaluación de resultados”, con un presupuesto de licitación de 2.179.039,90 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de enero de 2021 la Mesa de Contratación se reunió para la apertura de los sobres de documentación general. Con fecha 3 de febrero de 2021, uno de los miembros del Comité de Expertos que figura en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, D. Manuel Luis Hernández Díaz, al advertir que con alguna de las empresas presentadas a la licitación había mantenido con anterioridad relación de servicios profesionales, y que, por tanto, dicha circunstancia pudiera representar un conflicto de intereses; lo pone en conocimiento del órgano de contratación.

En atención a lo expuesto, el órgano de contratación procede a su sustitución por otro experto en la materia, D. Carlos Domínguez Urdiales, mediante la Resolución 17/21, de 11 de febrero de 2021, que es objeto de publicación en la Plataforma de Contratación del Sector Público ese mismo día.

TERCERO. – El día 19 de febrero de 2021, el Sr Pérez Sánchez, Consejero Portavoz del Grupo Popular en el Cabildo de Gran Canaria y miembro de la Mesa de Contratación, interpone Recurso de reposición contra la referida Resolución 17/21, que tiene entrada en este Tribunal el día 24 de febrero de 2021, acompañado del expediente, un informe emitido el 23 de febrero de 2021 y la relación de licitadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento

Orgánico que lo regula y publicado en el BOP nº. 24 en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº. 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP nº. 93 el 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO.- Se trata de contrato que, de conformidad con lo publicado en la Plataforma del Sector público del Estado, tiene la naturaleza de contrato de servicios con un valor estimado de 2.179.039,90 euros, siendo por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1.a) del artículo 44 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

TERCERO.- Antes de entrar en otras consideraciones, conviene abordar la naturaleza del recurso interpuesto por el Consejero Portavoz del Grupo Popular en el Cabildo de Gran Canaria, pues del mismo se concluirá en la competencia o incompetencia de este Tribunal para conocer el recurso remitido por el órgano de contratación.

El recurrente interpone lo que denomina recurso de reposición contra la Resolución 17/21 de nombramiento de nuevo miembro del Comité de Expertos para el contrato de servicios “Apoyo técnico al gabinete de prensa: desarrollo de estrategia, creatividad, diseño y producción de campañas de comunicación y acciones publicitarias; y planificación, contratación de medios, soportes y espacios publicitarios y evaluación de resultados”, y lo hace considerando que el nuevo miembro del Comité de Expertos no reúne los requisitos de independencia y de cualificación profesional y que no se ha seguido el procedimiento previsto legalmente para la designación de los miembros señalados, entendiéndose que se vulnera el artículo 146.2.ª) de la LCSP y 28 del Decreto 817/2009 que aprueba el Reglamento de la LCSP en cuanto a la cualificación profesional e independencia de los miembros y el artículo 29 del Reglamento en cuanto al procedimiento.

En cuanto al cuestionamiento de la independencia del miembro del Comité de Experto, que el recurrente sitúa en el entorno político de los partidos que gobiernan el Cabildo, es una cuestión que no puede abordar este Tribunal y que debe ser resuelto expresamente por el órgano de contratación o por el Consejero de Presidencia. El conflicto de intereses, esto es, las situaciones de recusación y abstención tanto de los funcionarios y responsables políticos que intervienen en el procedimiento de contratación como de los miembros de los órganos técnicos que pueden crearse para el asesoramiento de la Mesa de contratación, corresponde tramitarlas en procedimiento ordinario, no sólo ya por la especialidad de la materia, ajena a la propiamente contractual, sino también por no ser materia contemplada en las

competencias asignadas a los Tribunales Administrativos de recursos especiales por el artículo 44 de la LCSP.

Así es el parecer del TCRC que se contiene en la Resolución nº 1323/2019, de 18 de noviembre el Tribunal señala que:

“El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación. Este concepto no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación para evitar que tales conflictos se produzcan, y la sanación de nulidad en el caso de que se dictaran actos en que concurra tal circunstancia.

*En este caso se constata en primer lugar que **el recurrente no promovió incidente de recusación oportunamente, no siendo este Órgano competente para tramitar tal cuestión (vid. 24.4 de la ley)** y, en segundo lugar, cabe señalar que la recurrente no aporta evidencia alguna de que en la actuación de los técnicos miembros de la Mesa, haya podido influir su supuesta relación laboral con la empresa adjudicataria, aportando tan sólo “pantallazos” de páginas Web respecto de las cuales ni siquiera existen nombres coincidentes con los alegados en su recurso. Por otro lado, el conocimiento previo de los licitadores, en principio y sin más evidencia probatoria, no puede entenderse como circunstancia suficiente para comprometer la imparcialidad de los técnicos intervinientes.”*

Procede, entonces, que se tramite por el órgano que corresponda el procedimiento de recusación previsto en el artículo 24 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, abordando en él las causas denunciadas en el recurso de reposición interpuesto por el recurrente.

CUARTO.- Con respecto a la falta de cualificación profesional del miembro designado así como no seguirse el procedimiento legalmente previsto, sí son materias propias

del procedimiento contractual, pero que, sin embargo, no pueden ser abordadas en un recurso especial.

El artículo 44 de la Ley 9/2017 establece al efecto:

“2. 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.”

El nombramiento de un miembro del Comité de Expertos no constituye ni forma parte preceptiva de los Pliegos -a diferencia del organismo técnico especializado - ni tampoco es un documento contractual que establezcan las condiciones que debe regir la contratación. En este sentido, este Tribunal no comparte el criterio que sostiene la Resolución 108/2019, de 13 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Resolución 108/2019,

de 13 de junio, que cita el órgano de contratación, pues los actos susceptibles de recursos son tasados y nominalmente descritos en el reseñado escrito, y sólo una interpretación excesivamente forzada permite concluir que el nombramiento señalado pueda ser considerado como un documento contractual asimilado a los Pliegos, ni siquiera en la amplia interpretación que del Pliego se hace en el artículo 2.13 de la Directiva 24/2014, que dispone:

“13) «Pliego de contratación»: todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.”

Ello sería suficiente para inadmitir el presente recurso especial, pero existe otros motivos que también impiden que prospere el mismo.

QUINTO.- El acto de la Mesa de contratación recurrido es un acto de mero trámite no cualificado, entendiéndose que tales actos son, según criterio general de los Tribunales de Contratación, los actos que 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, y los actos recurridos aquí no deciden definitivamente sobre la adjudicación (ésta se acordará en un acuerdo ulterior por órgano distinto, que podrá separarse de la propuesta formulada), no produce indefensión o perjuicio irreparable, pues el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación que se adopte por los mismos motivos, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues resta aún por adoptar acuerdo de adjudicación del contrato.

La Resolución nº 920/2020 del TCRC de 26 de agosto de 2020 Recurso 722/2020, declara:

*“Cuarto. Frente a este acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación el 8 de julio de 2020 se interpone por VACIERO, S.L.P. el presente recurso especial en materia de contratación por considerar que la valoración llevada a cabo de los criterios de adjudicación subjetivos no es conforme a Derecho. **En concreto alega que se ha incumplido el art. 146.2 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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) en relación con la Disposición Adicional Segunda sobre Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales, al haber valorado los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor el mismo técnico que ha redactado el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, no habiéndose respetado de este modo la prohibición legal de no poder formar parte de la Mesa de contratación ni del Comité de expertos a que se refiere el art. 146.2 a) LCSP todo aquél que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate.

(....)

*Esta doctrina es plenamente asumida en sus argumentaciones y en su conclusión por este Tribunal. Como consecuencia de ello debe entenderse que, con mayor motivo, frente a un acuerdo de propuesta de adjudicación y, más aún, de valoración de ofertas de los licitadores; **sólo puede aceptarse la posibilidad de interponer recurso cuando pueda considerarse incluida en alguno de los supuestos en que, con arreglo al artículo 44 de la Ley de Contratos del Sector Público, cabe interponer recurso contra los actos de trámite, es decir, que impidan continuar el procedimiento, produzcan indefensión o causen perjuicio irreparable de los derechos e intereses legítimos.** En efecto, es criterio general del Tribunal (por todas, Resolución 30/2010 antes citada), el que sostiene que: “Tales supuestos se refieren a los actos que 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”. Es evidente que en el caso objeto del presente recurso los dos actos de trámite recurridos no pueden subsumirse en ninguno de los supuestos anteriores, pues no deciden definitivamente sobre la adjudicación (ésta se acordará en un acuerdo ulterior por órgano distinto, que podrá separarse de la propuesta formulada), no produce indefensión o perjuicio irreparable, pues el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación que se adopte por los mismos motivos, ni finalmente determina la imposibilidad de continuar el procedimiento pues resta aún por adoptar acuerdo de*

adjudicación del contrato. Esta doctrina sigue plenamente vigente tras la entrada en vigor de la LCSP. En reciente Resolución de este Tribunal 647/2018, de 6 de julio, se ha sintetizado la doctrina aplicada por este Tribunal para considerar recurrible y cualificado un acto de trámite. En esta Resolución se analiza el carácter recurrible de la admisión de ofertas, si bien sus fundamentos son aplicables igualmente a cualquier otra actuación de la Mesa que no impida la continuación del procedimiento, como lo es la valoración de las ofertas: “Partiendo de las anteriores reflexiones, nos parece evidente que, para que pueda estimarse que nos encontramos ante un acto de admisión de ofertas o de licitadores que pueda calificarse como acto de trámite cualificado, debe exigirse como mínimo, so pena de vaciar de sentido la norma, que se trate de una formal y expresa decisión del órgano en cuestión admitiendo una o varias proposiciones en un específico trámite del procedimiento como consecuencia de una expresa previsión legal a tal respecto. Solo en tal caso será posible estimar que nos encontremos ante un auténtico acto impugnabile, en cuanto encierre una decisión sobre la admisión de ofertas que pueda afectar a los intereses legítimos de los licitadores. Así las cosas, y conforme venimos insistiendo, en la regulación contenida tanto en el TRLCSP (aplicable al presente contrato, como ha quedado previamente advertido) como en la vigente LCSP y disposiciones reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 817/2009) no se recoge la existencia de un pronunciamiento formal de la Mesa de contratación acerca de la admisión de los licitadores en el procedimiento abierto. Antes al contrario, la atención se centra en los acuerdos de dicho órgano que suponen la exclusión de un licitador del procedimiento. En la actuación de la Mesa de contratación lo que se establece es una sucesión de trámites a través de los cuales se procede a la apertura y examen de las proposiciones, valorando la documentación incluida en los distintos sobres o archivos electrónicos, con posibilidad de exclusión de proposiciones que no cumplan con los requisitos legales o establecidos en los pliegos, y formulando en última instancia la propuesta de adjudicación. Aun cuando con el desenvolvimiento del procedimiento, y en tanto en cuanto no resulten excluidas, se produce un progresivo examen de las distintas proposiciones a lo largo de las sucesivas

fases (tras la apertura de la documentación administrativa y posterior apertura del sobre o archivo electrónico conteniendo la documentación correspondiente a criterios ponderables mediante juicio de valor, y, posteriormente, con la apertura del sobre o archivo conteniendo la documentación referida a criterios evaluables mediante fórmulas), lo que no resulta admisible es que se trate de construir sobre tal base la ficción de la existencia de sucesivos actos de implícita admisión de las proposiciones a las distintas fases del procedimiento. Por el contrario, en el desarrollo de la actuación de la Mesa de contratación a tales efectos no existe un expreso y formal pronunciamiento acerca de la admisión de las proposiciones en cada una de las fases de la sucesiva evaluación del contenido de las mismas, esto es, no se produce una decisión impugnabile acerca de la admisión de licitadores o proposiciones”. Doctrina que igualmente debe aplicarse a la valoración de las ofertas y que ha reiterado este Tribunal en su Resolución 1000/2018, de 1 de noviembre. Los argumentos anteriores llevan necesariamente a la conclusión de que debe inadmitirse el presente recurso ex art. 55 c) de la LCSP, al haberse interpuesto contra actos no susceptibles de impugnación de conformidad con lo dispuesto en el art. 44 de la misma Ley; sin perjuicio de que, una vez acordada la adjudicación del contrato objeto de licitación, pueda interponerse contra ella recurso especial, si se estimara que concurren motivos para ello y fuera del interés de la recurrente.”

Por lo expuesto, visto los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, por UNANIMIDAD,

RESUELVE

PRIMERO. - Inadmitir el recurso especial interpuesto por D. Marco Aurelio Pérez Sánchez contra la Resolución 17/21 de nombramiento de nuevo miembro del Comité de Expertos para el contrato de servicios “Apoyo técnico al gabinete de prensa: desarrollo de estrategia, creatividad, diseño y producción de campañas de comunicación y acciones publicitarias; y planificación, contratación de medios, soportes y espacios publicitarios y evaluación de resultados”, por tratarse de un acto de trámite no cualificado y por tanto no susceptible de recurso especial en materia de

contratación. Por lo que procede devolver el expediente al órgano de contratación para su tramitación de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

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 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. - Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.