



Roj: **SAN 2415/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2415**

Id Cendoj: **28079230042016100222**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **25/05/2016**

Nº de Recurso: **508/2014**

Nº de Resolución: **261/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000508 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05566/2014

Demandante: MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **508/2014** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L** representada por la Procuradora D^a Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez y asistida del Letrado D. Nicolás González Deleito contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de septiembre de 2014, que estima parcialmente los recursos acumulados interpuestos por las entidades PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A y CARAT ESPAÑA, S.A.U contra el acuerdo de adjudicación de 30 de julio de 2014, adoptado en el procedimiento del "Acuerdo Marco para la adopción de tipo del servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las Campañas de publicidad institucional" (AM 50/2014), ordenando la exclusión del procedimiento de la oferta presentada por la entidad MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, al incurrir en infracción de la buena fe, producirse con abuso de derecho y fraude de ley, debiendo retrotraerse el procedimiento y efectuando las valoraciones técnicas y económicas sin tener en cuenta la oferta por ella presentada.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 31 de octubre de 2014, declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 18 de noviembre de 2014, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días.

TERCERO.- Mediante escrito presentado el 25 de marzo de 2015 formalizó la demanda, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << 1. Anule el acuerdo primero de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de septiembre de 2014, en lo relativo a la exclusión de la oferta de mi representada con base a la infracción de la buena fe, abuso del derecho y fraude de ley; 2. Declare que la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de septiembre de 2014, vulnera el derecho al honor de mi representada. 3. Ordene al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que adopten las medidas necesarias para restaurar el derecho al honor de mi representada>>.

CUARTO.- La Abogacía del Estado, en nombre y representación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2015, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación del presente recurso.

QUINTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo de 2016, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

SEXTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, interpone recurso contencioso administrativo frente a la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de septiembre de 2014, que estima parcialmente los recursos acumulados interpuestos por las entidades PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A y CARAT ESPAÑA, S.A.U contra el acuerdo de adjudicación de 30 de julio de 2014, adoptado en el procedimiento del "Acuerdo Marco para la adopción de tipo del servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las Campañas de publicidad institucional" (AM 50/2014), ordenando la exclusión del procedimiento de la oferta presentada por la entidad MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, al incurrir en infracción de la buena fe, producirse con abuso de derecho y fraude de ley, debiendo retrotraerse el procedimiento y efectuando las valoraciones técnicas y económicas sin tener en cuenta la oferta por ella presentada.

SEGUNDO.- Esta resolución parte, en síntesis, de los antecedentes fácticos, que resultan del expediente administrativo:

1.- El 19 de abril de 2014 se publicó por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, anuncio de licitación del acuerdo marco para la adopción de tipo del servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las Campañas de publicidad institucional (AM 50/2014).

2.- En sesión de 26 de junio de 2014 se procedió, por la comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada, tras dar publicidad pertinente de la valoración de criterios no sujetos a fórmulas de ponderación, a la apertura del sobre nº 3, que contenía la oferta económica, ordenándose las ofertas y efectuando la oportuna propuesta de adjudicación a los 5 mejores clasificados de acuerdo con los criterios del pliego de cláusulas administrativas particulares. En dicha relación no se comprendían las ofertas de las entidades PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A y CARAT ESPAÑA, S.A.U.

3.- Disconforme con la puntuación obtenida, PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A, a través de sendos escritos de 30 de junio y 2 de julio realizó determinadas observaciones al órgano de contratación. En ellas planteaba que no fueran aceptadas las ofertas de dos licitadores MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, y MEDIA BY DESIGN SPAN, S.A. la primera de ellas por haber formulado una oferta imposible, con precios elevados, muy por encima de las tarifas oficiales, distorsionando con ello las diferencias entre las demás ofertas y afectaron a la asignación de puntos que corresponde a cada oferta; y la segunda, por contener precios en su oferta tan bajos que son manifiestamente imposibles de cumplir de resultar adjudicataria.



CARAT ESPAÑA, S.A presentó escrito el 30 de junio en términos similares, considerando que la oferta de MEDIA BY DESIGN SPAIN, S.L era claramente temeraria, y que la propuesta de MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, no tenía a intención de posicionarse entre las 5 ganadoras sino que, deliberadamente, había presentado ofertas cuyo único valor era dinamitar el concurso.

4.- El 8 de julio de 2014 MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L, presentó un escrito retirando su oferta.

5.- Por acuerdo de 30 de julio de 2014 la Junta Centralizada de compras acordó la adjudicación del acuerdo marco a 5 empresas, entre las que no figuraban PERSUADE Y CARAT, y sí MEDIA BY DESIGN SPAIN.

6.- Frente a dicho acuerdo PESUADE presentó escrito, calificado como recurso especial en materia de contratación.

7.- El órgano de contratación emitió informe en el que se pone de manifiesto que a través de un documento denominado "Nota informativa de las ofertas presentadas en el acuerdo marco para la adopción de tipo del servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, destinados a la materialización de las Campañas de publicidad institucional", la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación había solicitado informe a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, con el fin de que dicho organismo tuviera conocimiento de las condiciones en las que se habían realizado las ofertas respecto del expediente de contratación, y que realizara las recomendaciones que considerara oportunas en el ámbito de sus competencias. Y ello en base a lo siguiente:

1) Teniendo en cuenta las fórmulas aplicables a los distintos criterios de valoración (precios y descuentos), el impacto de estas prácticas afectaría únicamente a 40 de los 100 puntos totales de la valoración que son las del precio dado que en ellas se tiene en cuenta el precio más alto dada la imposibilidad técnica de fijar techos de licitación en este mercado.

2) El comportamiento de la empresa MAC es a todas luces desproporcionado ya que en los criterios con precio, su oferta es superior a la media (quitando las ofertas distorsionadas de MAC, MD e INTELIGENCIA Y MEDIA) para cada uno de los conceptos entre un 584% y un 1677%.

3) El comportamiento de la empresa MD es claramente competitivo y arriesgado dado que presenta minoraciones de media del 79%. Esta empresa tiene que asumir en la ejecución de los contratos basados este precio de referencia por lo que entendemos que es responsable de su oferta ya que no ha manifestado que su oferta fuese errónea.

4) Además de las empresas citadas PERSUADE y CARAT se ha detectado una tercera empresa -INTELIGENCIA Y MEDIA- cuya oferta es similar a la de MAC, es decir, con precios desproporcionados al alza, un 382% superior a la media con picos del 1625%.

5) Respecto de las denuncias presentadas, debe resaltarse que el problema de estas empresas no está en MD sino en las alzas de MAC y de INTELIGENCIA Y MEDIA. Concretamente, si eliminamos a MAC salen las dos y si eliminamos a las dos sólo PERSUADE sería adjudicataria pero no CARAT.

6) Por otra parte, en términos generales, se puede concluir que de las 20 ofertas, si quitamos las dos al alza (MAC e INTELIGENCIA Y MEDIA) y la más baja (MD), 18 presentan un comportamiento estable pero dos de ellas presentan un comportamiento excesivamente variable. Concretamente se trata de las denunciadas CARAT y PERSUADE.

Si tenemos en cuenta las desviaciones respecto a la media por cada precio de televisión, las empresas se mueven entre un - 65% respecto a la media y un +18%. En cambio, estas dos empresas tienen su horquilla entre el -99% y el 99% (PERSUADE) y -89% y el 87% (CARAT). (...)

7) A mayor abundamiento se encuentran precios muy extraños en las denunciadas, como los siguientes (...)

8) Por último, la empresa MAC ha presentado su renuncia al procedimiento, si bien ésta no tiene efectos.

Y concluye que:

a) Desde el punto de vista normativo no procede ninguna actuación sobre las ofertas "al alza" que pueden haber desvirtuado la valoración

b) Desde el punto de vista normativo no procede ninguna actuación sobre la oferta baja de Media by Design dado que no se preveía bajas desproporcionadas al tratarse de un acuerdo marco con múltiples adjudicatarios. No obstante la oferta no ha perjudicado a la denunciante, pese a lo que ella asegura, ya que si quitamos ambas, no sería adjudicataria.



8.- El 1 de agosto de 2014 CARAT presentó recurso especial en materia de contratación, en el que exponía que resultaba decisivo que MAC hubiera retirado su oferta por contener "error", y sin embargo la Junta Centralizada no había resuelto expresamente sobre la solicitud de retirada, ni siquiera le había dado virtualidad alguna, cuando el art. 84 del RGCAP justificaría que no fuera tenida en cuenta en la licitación a ningún efecto. Por tanto, al desecharse la oferta de MAC, habría que recalcular las ofertas presentadas.

9.- El órgano de contratación emitió informe sobre el recurso e interesó la acumulación de ambos recursos. En el informe señalaba que la normativa de contratos le obligaba a tener en cuenta la propuesta de MAC, pues a pesar de no existir pronunciamiento expreso sobre tal solicitud de desistimiento de la oferta, debía entenderse desestimada. Y señalaba que la existencia de error en la propuesta de MAC no es invocada por esta empresa, sino que es una conclusión a la que llega la recurrente, de modo que no puede ser sustituida la voluntad de la primera ni por la propia Junta de Contratación.

10.- El TACRC dio traslado de los recursos a los demás licitadores, para que formularan alegaciones, evacuando el trámite únicamente la empresa MEDIA BY DESING.

TERCERO.- La resolución del TACRC concluye que la actuación de MAC consistente en formular una oferta de las características expuestas constituye el ejercicio de un derecho sin respetar las exigencias de la buena fe, puesto que no existe - a la vista de los datos que ofrece el órgano de contratación- un verdadero interés en participar en la licitación. Y por la misma razón, se abusa del derecho, puesto que su uso no es neutro, sino que, sin interés de quien formula la oferta, se perjudica a terceros como son los restantes licitadores - en cuanto ve alterada la valoración de sus ofertas- y a la Administración- a la que se priva de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. En consecuencia, y antes de que se consumen los perjuicios para terceros, la Administración tiene la obligación de adoptar las medidas que impidan la persistencia en el abuso, las cuales pasaban por la exclusión de la oferta así viciada desde su origen. Además, considera que la oferta de MAC incurre en fraude de ley, pues al ampararse en una norma - la que establece su derecho a presentar ofertas (art. 157 TRLCSP), infringen otras, como son que se adjudique el contrato a la mejor oferta (art. 151 TRLCSP). Así, la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir implica la exclusión de la oferta fraudulenta desde su origen.

CUARTO.- La recurrente delimita el objeto de su demanda, manifestando que no cuestiona su exclusión del procedimiento en sí misma considerada, ni la consiguiente retroacción para una nueva valoración, pues tales consecuencias eran las deseadas cuando retiró su oferta. Lo que se discute, y por tanto, el objeto del recurso es el motivo de esa exclusión, basado en una supuesta mala fe, abuso del derecho y fraude de ley por su parte, que es lesivo para su honor.

Por ello, lo que pretende es que se anule la resolución parcialmente en razón al fundamento la exclusión (mala fe, abuso del derecho y fraude de ley) (F.J 6ª de la resolución). Y ello en base a dos líneas argumentales:

1.- Debió haberse acogido la renuncia que presentó antes de que el órgano administrativo resolviera definitivamente y con carácter previo a la adjudicación del acuerdo marco, y por tanto, haberse excluido su proposición.

2.-Las afirmaciones contenidas en el fundamento jurídico 6º, que sirven de *ratio decidendi* para la conclusión a que llega la resolución impugnada, resultan lesivas de su derecho al honor.

QUINTO.- La Abogacía del Estado opone, en primer lugar, la inadmisión del recurso puesto que la recurrente pretende impugnar una resolución del TACRC sin haber sido parte en el recurso especial, dado que no estaba legitimada para impugnar el acto de adjudicación ante dicho Tribunal, puesto que no podía ser adjudicataria en ningún caso.

Ahora bien, con independencia de la legitimación que pudiera ostentar en vía administrativa, en la que, no obstante, se le dio traslado del recurso especial para que pudiera formular alegaciones, estaría legitimada para interponer recurso contencioso administrativo frente a una resolución que declara su exclusión del procedimiento de licitación, respecto de la cual en principio ostentaría un derecho o interés legítimo (art. 19.1 a) LJCA).

No obstante, en este caso la cuestión de la legitimación va ligada, no tanto a la posición de la recurrente en relación con el acto administrativo, sino a la pretensión que ejercita en este procedimiento. Por tanto, no procede declarar la falta de legitimación " *ad limine* ", sin perjuicio de lo que se dirá al analizar el fondo del asunto

SEXTO.- La parte recurrente no pretende que se anule su exclusión del procedimiento y la retroacción de actuaciones, que acuerda en la resolución impugnada, con la que se muestra conforme, sino las razones por las que el TACRC declara esa exclusión.



Pretensión que excede del ámbito y objeto del recurso contencioso administrativo, que ha de estar dirigido a anular la parte dispositiva del acto administrativo impugnado y no sólo sus fundamentos jurídicos, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, en referencia al recurso de casación. Así, en Autos de 24 de febrero de 2011 (rec. 3501/2010 y 3507/2010) y 26 de enero de 2012 (rec. 3515/2010), entre otros, afirma que no puede pretenderse *"una revisión de las declaraciones obiter dictum de la Sentencia recurrida, que no es objeto de recurso de casación, el cual ha de pretender la revocación de su parte dispositiva y no solo de sus argumentos pues , en otro caso, el proceso quedaría convertido en un mecanismo de resolución de consultas o de rectificación de declaraciones meramente teóricas y no de resolución de pretensiones "*

Doctrina que puede aplicarse también al proceso contencioso administrativo, puesta tales Autos añaden que *"de acuerdo con la interpretación jurisprudencial sobre el objeto del proceso contencioso administrativo regulado en la LRJCA, o lo que es lo mismo, sobre las pretensiones formuladas por las partes en relación con un acto administrativo, se define la pretensión como declaración de voluntad por la que se solicita del órgano jurisdiccional una actuación frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración (STS 3ª 6ª de 17 de Octubre de 1991).*

Por su parte, de especial relevancia al caso, la STS 4ª de 9 de Abril de 1984 , establece que el proceso contencioso, a pesar de ser una instancia jurisdiccional, no puede ignorar que objetivamente viene circunscrito el ámbito que se desprende -directa o indirectamente y en necesaria conexión- de los actos impugnados, sin que quepa transformar la pretensión en meramente declarativa ya que lo instado como reconocimiento del propio interés o derecho del accionante debe ser consecuencia directa o indirecta del acto impugnado, aparte de que lo pedido esté dentro de las facultades de la autoridad u órgano administrativo autor del acto recurrido, pues, de no ser así, es claro que tales planteamientos accesorios o complementarios exceden del ámbito de un proceso contencioso "

Por otro lado, el Auto de 28 de mayo de 2007 (rec.47/2006) precisa que *"la jurisprudencia ha declarado una y otra vez que no es misión de la Jurisdicción Contencioso- administrativa sentar una doctrina general, sino resolver casos individuales, siendo improcedente que ante ella se soliciten declaraciones de principios o emisión de pareceres o conceptualizaciones éticas ni que adopte medidas precautorias contra agravios meramente potenciales (STS de 16 de diciembre de 1994), puesto que el contencioso-administrativo es un proceso histórico, en cuanto referido a la conformidad o disconformidad a Derecho del acto concretamente recurrido y no dirigido a resolver en abstracto polémicas doctrinales. En esta misma línea, otra STS, de 8 de noviembre de 1993 , señala que "una reiterada jurisprudencia de esta Sala dictada en relación con los artículos de la Ley Jurisdiccional sobre la naturaleza, extensión y límites de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa así como sobre el objeto del proceso ha establecido que no es su misión hacer pronunciamientos abstractos de interpretación de normas jurídicas sino resolver individualmente sobre la conformidad a Derecho de la materia administrativa impugnada o sobre la inadmisibilidad del recurso entablado". Siempre en los mismos términos, en STS de 6 de abril de 2001 se señala que el contenido propio de la función jurisdiccional es decidir controversias reales y no hacer admoniciones sobre conflictos futuros.*

Estos pronunciamientos engarzan con la cuestión del interés legítimo por el que se interpone y mantiene el recurso, pues como señala la STS de 29 de abril de 1993 , no cabe aducir como interés sustentador del recurso el presentimiento o temor de que una futura actuación administrativa pueda conducirse por derroteros que no sean lo suficientemente correctos para los intereses del recurrente o las meras expectativas de agravios potenciales o futuros. En esta misma línea, una STS de 2 de junio de 1995 señala que "la institución del proceso en el orden contencioso- administrativo, como viene destacando reiteradamente la jurisprudencia, se halla configurada legalmente en atención a la realización de fines con un contenido funcional, práctico y operativo". Esta declaración se complementa con otras, como la de no instauración de la jurisdicción para reparar agravios potenciales futuros (SS.TS. 13-3-1958 y 28-2-74) ni planteamientos jurisdiccionales inspirados por el presentimiento o temor de que una futura situación administrativa pueda producirse por derroteros que no sean lo suficientemente correctos para los intereses profesionales de los recurrentes (STS. 5-3-1986) o el simple interés derivado del pundonor o crédito profesional (STS. 15-10-1988)".

SÉPTIMO.- Así , la pretensión contenida en la demanda es ajena al fallo de la resolución impugnada, pues no su pretende la modificación de aquel sino la de los fundamentos jurídicos de dicha resolución, pero para llegar a la misma consecuencia, que no es otra que la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, por lo que el recurso carece de cualquier efecto práctico, lo que incide directamente en el interés de la recurrente, como señala el Tribunal Supremo, que no puede ser simplemente el derivado de su derecho al honor.

Las únicas vías para denunciar en vía administrativa la vulneración del derecho al honor sería, bien por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, o pretendiendo la nulidad del acto administrativo al amparo del art. 62 LRJAP (ninguna de las cuales se articula en este recurso) lo que exigiría que el fallo de la resolución impugnada, y no simplemente sus fundamentos jurídicos, lesionara el derecho



fundamental al honor, con la consecuencia de que la resolución administrativa debería ser anulada en su integridad, en caso afirmativo.

OCTAVO.- En virtud de lo expuesto, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo, con imposición de costas, dada la estimación parcial del recurso, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 508/2014, interpuesto por la representación procesal de la entidad **MARKETING ADVERTISING CONCEPTUAL, S.L** contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de septiembre de 2014.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, con indicación de que frente a la misma cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se preparará mediante escrito presentado en esta Sala en el plazo de diez días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por El/La Ilmo/a. Sr/a. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.