TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 647/2018

Recurso nº 550/2018 C.A. Región de Murcia 51/2018

Resolución nº 647/2018

En Madrid, a 06 de julio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. J. M. L. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., frente al acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) de 4 de abril de 2018 sobre la viabilidad de las ofertas económicas presentadas en la contratación del "Servicio de conservación y mejora de jardines y arbolado en Cartagena" (expediente SE2016/21), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante anuncio publicado en el DOUE de 19 de octubre de 2017, el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena convocó la licitación del contrato de servicio de conservación y mejora de jardines y arbolado en Cartagena.

El valor estimado del contrato es de 8.061.236,36 euros.

Segundo. Una vez abiertos los distintos sobres conteniendo la documentación administrativa y las proposiciones de los licitadores, en el acta de la mesa de contratación de 4 de abril de 2018 se indica que se inicia el acto con la lectura del informe técnico, de 18 de marzo de 2018, de viabilidad económica de las ofertas presentadas, en el que no se considera viable económicamente la oferta presentada por ORTHEM, SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U., porque "no cumple en el concepto 2 de Vehículos ligeros básicos para la prestación del servicio y en el concepto 4 de Maquinaria y medios auxiliares básicos para la prestación del servicio".

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es

La mesa acepta el informe técnico y acuerda que quede excluida de la licitación la citada empresa por no resultar viable su oferta.

Seguidamente, respecto de las restantes, se procede al cálculo de las ofertas que pueden considerarse anormales o desproporcionadas, sin apreciar que alguna de las proposiciones resulte anormal o desproporcionada.

Posteriormente, en reunión de la mesa de contratación de 30 de mayo de 2018, se procede a la clasificación de las ofertas en función de la puntuación otorgada, resultando la mejor valorada la formulada por la UTE ACTUA, SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L.-ACCIONA MEDIO AMBIENTE, S.L., con 80,336 puntos, a favor de la cual se realiza la propuesta de adjudicación. Seguidamente, aparecen como segunda y tercera ofertas mejor puntuadas las de VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., y la de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., con 61,754 puntos y 40,871 puntos respectivamente.

Tercero. Frente al acuerdo de la mesa de contratación de 4 de abril de 2018, que según manifiesta le fue notificado el 24 de mayo de 2018, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (FCC), interpone recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado el 4 de junio de 2018, entendiendo que dicho acuerdo excluye solo una de las ofertas presentadas y admite las del resto de licitadores.

Comienza el recurrente citando el párrafo segundo del apartado 4 de la Disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece: “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptible de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”. Señala por ello que el presente recurso debe regirse por las disposiciones de la citada norma.

Añade que el artículo 44.2.b) de la Ley 9/2017 establece que son susceptibles de recurso especial los actos de trámite en los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, y que se refieran a los tipos de contratos enumerados en el apartado 1 del mismo precepto.

Pone de manifiesto que dicho artículo 44.2.b) supone la positivización de la doctrina fijada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en relación a la posibilidad de que por parte de los licitadores se recurriese la admisión o exclusión de ofertas. Concretamente, la sentencia de 5 de abril de 2017 dictada en el asunto C-391/15. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la Directiva 89/665/CEE se opone a “una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente”.

Considera además el recurrente que ostenta legitimación activa para formular el presente recurso especial conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 9/2017, al tratarse de una de las empresas participantes como licitadora en el expediente de contratación, de tal forma que sus intereses legítimos se ven afectados, de manera directa, por las decisiones objeto del recurso.

Tras las anteriores consideraciones, indica el recurrente que el recurso se dirige contra la admisión de licitadores acordada por el órgano de contratación, por considerar sus ofertas económicamente viables, a excepción de la presentada por ORTHEM, SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U.

Señala a este respecto que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece en su apartado 7.4 los criterios de adjudicación y valoración a efectos de adjudicación del contrato de servicios. Dentro del citado apartado, el apartado 7.4.1 indica el contenido a aportar en el sobre número 2, denominado "proposición técnica", y cuya valoración máxima podía llegar a los 40 puntos, fijando el PCAP que "en este apartado la mejor oferta técnica será la que obtenga el mayor sumatorio de los puntos que le haya correspondido según el número de unidades ofertadas", mientras que al resto de licitadores se le asignaría la puntuación en la proporción que correspondiese.

Considera que esta forma de puntuación de los criterios técnicos ya pone de manifiesto la esencialidad de la admisión y exclusión de los licitadores, pues ese cálculo proporcional de puntuaciones dependerá, entre otros, del número de empresas participantes.

Por su parte, el apartado 7.4.2 establecía el contenido del sobre número 3, denominado "proposición económica", y cuya valoración permitía obtener un máximo de 60 puntos.

Extrae el recurrente de lo indicado en el pliego que los licitadores debían aportar toda la documentación necesaria para justificar de forma detallada el coste total de la prestación del servicio, así como cumplimentar el Anexo V, de tal forma que se indicase el número de horas ofertado para la bolsa de trabajo para los dos años de contrato, y el precio total del contrato para esos dos años. Una vez aportada esta documentación y previa a la valoración a fin de asignar las puntuaciones correspondientes, indicaba el Pliego que la mesa de contratación, con carácter previo a la valoración de las ofertas, analizase la viabilidad económica de las mismas.

Continúa el recurrente indicando que para la realización de dicho análisis se elabora el denominado "Informe de viabilidad económica de las proposiciones económicas ofertadas en el sobre nº 3 del Servicio "Conservación y mejora de jardines y arbolado en Cartagena", expediente SE 2016/21". Dicho informe propone, en primer lugar, la exclusión de aquellas ofertas que no han incluido la preceptiva justificación económica. Y, posteriormente, entra a analizar la viabilidad económica de las ofertas aceptadas en lo referente a la prestación del servicio. Señala el recurrente que el informe viene a facilitar una serie de cuadros en los que se indica si los licitadores cumplen con los mínimos a ofertar exigidos por los pliegos y, en su caso, relaciona la cantidad de elementos ofertados en cada apartado (número de vehículos, número de plantas, etc.), pero estima que, sin embargo, en ningún momento se procede a realizar una valoración económica de estas proposiciones en base al coste de adquisición de las plantas, coste de su instalación,

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es

etc. No se hace referencia, en definitiva, a juicio del recurrente, a la viabilidad económica efectiva de las ofertas presentadas, limitándose a indicar el informe, tras relacionar los cuadros relativos al cumplimiento de las exigencias técnicas mínimas de los pliegos y resumen de las ofertas realizadas, que las ofertas admitidas son viables económicamente, con la excepción de la empresa ORTHEM.

Manifiesta el recurrente que esta conclusión no queda respaldada por datos objetivos ni por la preceptiva valoración consignada en el citado informe.

Seguidamente, señala el recurso que el acta de la mesa de contratación para el estudio del informe técnico (reunión celebrada el 4 de abril de 2018), viene a aceptar el informe técnico elaborado, acuerda excluir a la mercantil ORTHEM, para después proceder al cálculo de las ofertas que pueden considerarse anormales o desproporcionadas, mediante un cuadro que, a juicio del licitador que recurre, no ofrece desglose alguno o justificación de esas cifras, más allá de la eventual consignación del precio total ofertado por los licitadores e indicado en el Anexo V a incluir en el sobre número 3, mientras que el pliego exigía del órgano de contratación un estudio pormenorizado de la viabilidad económica de las ofertas.

Estima ante ello el recurrente que de los datos objetivos de las ofertas de los licitadores se desprende que hay tres ofertas que no resultan viables económicamente y que corresponden a las entidades GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, S.L.U.; UTE ACTUA-ACCIONA SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE S.L.-ACCIONA MEDIOAMBIENTE, S.L. (“UTE ACTUA ACCIONA”); y AUDECA, S.L.U.

Extrae de ello que “nos encontramos con una admisión de licitadores que debe quedar sin efecto, por cuanto que la misma se ha adoptado sin el preceptivo análisis de viabilidad de ofertas y, además, ha supuesto la admisión de 4 ofertas inviables”.

Ante la ausencia de informe de valoración de viabilidad de las ofertas y la falta de la debida motivación o justificación de la decisión adoptada que ello supone, defiende el recurrente la procedencia de la anulación de la actuación administrativa impugnada, con reposición de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al dictado de la resolución e informe de valoración de viabilidad económica de las ofertas, con el mandato expreso de que por la Administración se dicte una nueva que contenga la justificación y motivación mínima que legalmente le es exigible a su actuación.

Añade a tal consideración que: “Si bien lo anterior resulta suficiente para estimar el presente recurso, esta parte aún debe de poner de manifiesto los graves perjuicios que esa falta de análisis de la viabilidad económica de las ofertas conlleva para la correcta tramitación del expediente de contratación”.

En tal sentido, insiste en que el análisis de las ofertas de los licitadores revela que existen, al menos, tres ofertas que serían económicamente inviables: las de las empresas GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, UTE ACTUA-ACCIONA y AUDECA. Para sustentar tal afirmación realiza un análisis de las mismas atendiendo a los costes a tener en cuenta para realizar la oferta económica del contrato.

Concluye de los cálculos que realiza que “calculado el coste de instalación de las distintas plantas en base al precio de la planta, su coste de instalación y el número de plantas ofertado por cada licitador, y teniendo en consideración el resto de costes, observamos que hay tres ofertas cuyo coste supera ampliamente el precio de licitación (fijado, con IVA, en 8.061.236,36 euros por dos años, esto es, un precio de 4.030.618,18 euros)”.

En concreto:

- “La oferta de GESTION AMBIENTAL URBANA tiene un coste de 4.671.918,56 euros anuales, lo que supone una diferencia de 641.300,00 euros respecto del precio de licitación anual.

- La oferta de UTE ACTUA-ACCIONA M.A. tiene un coste de 8.297.046,94 euros anuales, lo que supone una diferencia de 4.266.429,00 euros respecto del precio de licitación anual.

- La oferta de AUDECA tiene un coste de 4.392.650,89 euros anuales, lo que supone una diferencia de 362.033,00 euros respecto del precio de licitación anual”.

De otra parte, considera asimismo el recurrente que existe un error en el informe de valoración, del que derivaría la necesaria exclusión de STV GESTIÓN, S.L. En concreto, el informe de valoración pone de manifiesto un incumplimiento de los requisitos técnicos mínimos por parte de este otro licitador que, sin embargo y a diferencia de ORTHEM, no resulta excluido.

En referencia al punto 4 de dicho informe, denominado “Maquinaria y medios auxiliares básicos para la prestación del servicio”, señala el recurso que la empresa STV no oferta una aireadora, cuando el mínimo exigido por el PPT es que se oferte 1, tal y como se dispone tanto en el citado informe como en el PPT en su apartado 16.3 “Maquinaria y medios auxiliares”. Estima por ello que, ante el incumplimiento del PPT por parte de la mercantil STV, debió acordarse su exclusión, al igual que ocurre con la mercantil ORTHEM.

Seguidamente, pone de relieve el recurrente que: “No obstante la petición formulada por esta parte de retroacción de actuaciones, es preciso tener en cuenta que, conforme han señalado los Tribunales administrativos de recursos contractuales y, de manera singular, ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, no cabe ya proceder a la retroacción cuando la Mesa de Contratación ya tiene conocimiento del contenido de la oferta técnica y económica, sino que procederá la anulación de la licitación”.

Concluye por todo ello el recurso solicitando que se "anule la actuación administrativa impugnada, acordando (i) la anulación del expediente de contratación, al considerarse inviable la retroacción por conocerse el contenido de las ofertas técnica y económica; y (ii) subsidiariamente, retrotraer las actuaciones a fin de realizarse análisis de la viabilidad económica de las ofertas conforme a lo ordenado en los pliegos y se proceda a excluir a aquellas ofertas que sean económicamente inviables".

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. Comienza señalando que se recurre el acuerdo de la mesa de contratación de 4 de abril de 2018 en el que se acepta el informe técnico de estudio de la viabilidad económica de fecha 12 de marzo de 2018 de las ofertas, exigido en el punto 7.4.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares con carácter previo a la atribución de los puntos que les pudieran corresponder por la bolsa de horas y precio ofertado. La mesa de contratación estudia el informe de viabilidad, lo acepta y, en consecuencia, acuerda la exclusión de ORTHEM, SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES S.A.U. Por ello, se notifica el acta de la mesa de 24 de abril exclusivamente a la empresa excluida, porque sólo para ella ese acto de exclusión es definitivo y le impide continuar en la licitación, publicándose en el perfil del contratante.

Una vez transcurridos 15 días hábiles desde la notificación, el 24 de mayo se convoca a los licitadores para la propuesta de adjudicación, a la que se adjunta el informe técnico de viabilidad económica de las ofertas.

A la vista de lo anterior, considera el informe que el recurrente carece de legitimación para la interposición del presente recurso en atención a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP (aplicable al presente caso en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público).

Concluye el informe indicando que en el presente caso el acto no es susceptible de recurso por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, SA (FCC), tanto por la ausencia de legitimación para su interposición, como por la falta de objeto, al no ser el acto recurrido un acto de adjudicación, no determinando la imposibilidad de la recurrente para continuar en el procedimiento.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal se ha conferido traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulasen las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado este trámite, de una parte, ACTUA SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L.

Comienza señalando este licitador que el recurso formulado por FCC "se presenta con una más que evidente mala fe con la única finalidad de retrasar lo máximo posible la adjudicación para que FCC se siga beneficiando de su condición de actual contratista.

Como se acreditará debidamente: 1) está formulado contra un acto de trámite no susceptible de impugnación; 2) se carece de legitimación de manera flagrante puesto que no se recurre para resultar adjudicatario ni para que el procedimiento quede desierto, sin que se emplee una sola línea en intentar justificar el interés de FCC en el recurso; 3) y en cuanto al fondo del recurso lo constituyen únicamente apreciaciones subjetivas de FCC sobre lo que debió haber actuado la Mesa de Contratación, sin justificación alguna, pretendiendo sustituir el juicio de ésta por el suyo propio.

La consecuencia necesaria de este recurso ha de ser una inadmisión acompañada de la correspondiente multa económica".

Opone así esta empresa, en primer lugar, que la actuación de la mesa es inimpugnable al no existir legalmente, ni haber existido en el procedimiento, decisión sobre la admisión de los licitadores. Cita en tal sentido la Resolución nº 105/2018, de 2 de febrero de 2018, de este Tribunal, en la que se indica que en el 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 (TRLCSP) no se prevé que exista en los procedimientos abiertos, en los que cualquier licitador puede presentar oferta sin haber sido previamente invitado, un acto de admisión de las ofertas de los candidatos por parte de la mesa de contratación que pueda ser impugnado, y asimismo que tras la entrada en vigor del 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 se produjo la derogación del artículo 82 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el que, describiendo las funciones de la mesa disponía que, una vez calificada la documentación administrativa ésta procedería a pronunciarse de manera expresa sobre los candidatos admitidos y los rechazados. Cita también, en el mismo sentido, la Resolución nº 111/2018. Y concluye que, por lo tanto, en el presente caso procedería igualmente la inadmisión del recurso dado que se trata de un procedimiento abierto, precisando además que en este caso tampoco el PCAP dispone un trámite de admisión de las ofertas.

En segundo término, se aduce falta de legitimación del recurrente, defendiendo que la aplicación del artículo 44.2.b) de la LCSP no ha de hacerse de manera aislada, sino que ha de realizarse conjuntamente con el artículo 48 de la LCSP (anterior artículo 42 del TRLCSP) relativo a la legitimación y la doctrina y jurisprudencia que interpreta tal requisito.

Se indica en tal sentido que, a la fecha de interposición del recurso, 4 de junio de 2018, ya se había producido por parte de la mesa en fecha 30 de mayo de 2018 la propuesta de adjudicación, en la que FCC quedó en tercer lugar, siendo la adjudicataria propuesta UTE ACTUA-ACCIONA y en segundo lugar VALORIZA SERVICIOS AMBIENTALES, S.A. Con ello, dado que no se formula el recurso contra la admisión de todos los licitadores que están por delante de FCC en la propuesta de adjudicación, dado que no cuestiona la procedencia de admisión de la oferta de VALORIZA en el recurso, ello daría lugar a que de estimarse el recurso ésta fuera la adjudicataria del contrato y no la recurrente FCC.

Apunta por ello este licitador que no se trata por lo tanto de un supuesto como el de la Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017, ni análogo, en el que la no admisión de un licitador implicaba en la práctica la adjudicación al otro.

Por lo tanto, se concluye en que el recurrente carece de legitimación, dado que no se obtendría ningún beneficio de la exclusión de las ofertas de los licitadores que pretende FCC, puesto que no se ataca la admisión de la oferta de VALORIZA, quedando FCC en todo caso como segunda oferta mejor valorada y sin resultar adjudicatario.

En cuanto a la petición de nulidad del procedimiento efectuada en el recurso, considera esta empresa que sólo se explica con un ánimo de frustrar la nueva licitación en tanto que FCC presta actualmente el servicio durante la tramitación del procedimiento, o en el peor de los casos de retrasarla, lo que no es una finalidad legítima.

Se defiende en tal sentido que la mala fe del recurso se aprecia por la propia falta de coherencia interna del recurso y sus peticiones. Así, a pesar de ser su tesis principal la procedencia de la retroacción, se coloca como segunda petición de manera subsidiaria.

Por último, se defiende la viabilidad económica de la oferta de UTE ACTUA-ACCIONA.

En segundo lugar, ha formulado igualmente alegaciones la empresa VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., quien se adhiere a la argumentación recogida en el recurso, sin perjuicio del eventual recurso especial en materia de contratación que la misma pudiera interponer contra la adjudicación. Ello con la salvedad de oponerse a la impugnación en la parte que afecta a la posición de VALORIZA.

En tal sentido, se manifiesta que se comparten las alegaciones acerca de la irregularidad cometida por parte del órgano de contratación al no solicitar su justificación a las empresas que no resultaban viables conforme a los requisitos recogidos en el pliego (GESTIÓN AMBIENTAL URBANA, UTE ACTUA-ACCIONA y AUDECA), limitándose únicamente a comprobar que las empresas cumplían con los requisitos mínimos técnicos fijados en los pliegos, sin entrar a analizar si la oferta económica de cada licitador respalda la oferta técnica. Asimismo, se comparte la argumentación referida a los incumplimientos de los que adolece la mercantil STV GESTIÓN, S.L. y la necesidad de su exclusión.

No se comparte por el contrario la petición relativa a que el expediente de contratación deba resultar anulado, al considerarse inviable la retroacción por conocerse el contenido de las ofertas técnica y económica. Se estima en este punto que la presunción de validez de todo el expediente de contratación alcanza, en este supuesto, su mayor expresividad, y de este modo, debe únicamente anularse el acto que FCC impugna, y no todo el expediente de contratación, retrotrayendo las actuaciones al momento en el que debió requerirse a las licitadoras, justificar la viabilidad de las ofertas y no alterar la valoración técnica de las ofertas ya efectuada.

Por último, ha formulado alegaciones el licitador STV GESTIÓN, S.L., quien se opone a la alegación del recurso en la que se defiende su exclusión por cuanto su oferta no se ajustaría a las exigencias del Pliego de Prescripciones Técnicas, porque no oferta una aireadora, lo cual se niega.

A efectos probatorios, manifiesta este licitador que acompaña el sobre número dos de su oferta a efectos de acreditar que efectivamente STV GESTION SL sí que oferta la aireadora. Considera por ello que cuando en el informe de valoración se dice que STV GESTION SL oferta "0" aireadoras, ello no es más que un error o una errata.

Apunta asimismo que la oferta de la recurrente nunca podría resultar adjudicataria del contrato, y que la propia oferta de FCC adolece de carencias excluyentes, en tanto que ni cumple con la documentación exigida en el Pliego de Prescripciones Técnicas, ni con la viabilidad económica de la misma.

También señala que carece de sentido la solicitud de declaración de nulidad planteada por FCC por no haberse respetado el principio de secreto en las proposiciones, y ello a la vista de cómo estaban planteados los criterios de adjudicación en esta licitación. Apunta en este sentido que, tal y como se deduce de los Pliegos, los criterios que han regido esta licitación son todos y sin excepción de carácter automático, independientemente de que se haya solicitado por parte del Órgano de contratación su presentación en diferentes sobres y de que al sobre 2 se le haya denominado proposición técnica, y al sobre 3, proposición económica.

Defiende por todo ello la desestimación del recurso y la expresa imposición de la multa referida en el artículo 47.5 TRLCSP a la recurrente, por la evidente temeridad y mala fe en la interposición del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), aplicable al procedimiento de adjudicación al haberse publicado el anuncio de licitación con anterioridad a la entrada en vigor el pasado 9 de marzo de 2018 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (Disposición transitoria primera.1 de esta Ley), así como en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales, de fecha 4 de octubre de 2012 (BOE de 21 de noviembre de 2012). Actualmente dicho Convenio se ha prorrogado tal y como consta en la resolución de 29 de octubre de 2015 (BOE de 11 de noviembre de 2015).

Segundo. La primera cuestión a dilucidar es la de si el recurso resulta admisible por haberse interpuesto frente a un acto susceptible de recurso en esta vía.

En cuanto al régimen legal aplicable al recurso especial tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017 (LCSP), en nuestra Resolución nº 437/2018, en referencia, al igual que sucede en este caso, a la impugnación de un acto dictado con posterioridad a dicha entrada en vigor en un procedimiento regido por el TRLCSP al haberse iniciado el expediente antes de la vigencia de la Ley 9/2017, analizábamos el alcance de la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, que habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

Y, a tal respecto, indicábamos:

"Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia".

Así las cosas, y en cuanto a que nos encontramos ante un contrato incluido dentro del ámbito objetivo del recurso especial, debe tenerse presente, en línea con lo ya apuntado en cuanto al régimen legal aplicable, que, tratándose de un procedimiento de contratación iniciado con posterioridad al 18 de abril de 2016, el procedimiento que nos ocupa, regido por el TRLCSP, está sujeto al efecto directo de la Directiva 2014/24/UE. Y, tal y como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, como consecuencia de ello, a partir del 18 de abril pueden ser objeto de recurso los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada, cualesquiera servicios y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la Directiva de su ámbito objetivo de aplicación, entendiéndose desplazado en tal sentido el artículo 16.1 del TRLCSP por la Directiva.

En nuestro caso, se trata de un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva y se supera el umbral establecido en la misma.

Así pues, se trata de un contrato incluido en el ámbito objetivo del recurso especial, siendo de aplicación, en cuanto a los actos impugnables, lo dispuesto en el vigente artículo 44 de la LCSP.

La cuestión, por tanto, se centra en determinar si el acto impugnado, dada su naturaleza, se encuentra comprendido dentro de los que recoge la nueva previsión del artículo 44.2.b) de la LCSP, conforme a la cual se indica que son susceptibles de recurso en esta vía: "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".

La novedad de esta norma se concreta en la introducción de la referencia a los actos por los que se acuerde la admisión de candidatos o licitadores, o la admisión de ofertas.

Tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, el recurrente defiende el carácter recurrible de la decisión de la mesa impugnada con fundamento en lo actualmente dispuesto en el artículo 44.2.b) de la LCSP, así como en la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 5 de abril de 2017, en el asunto C-391/15. De entre las consideraciones de esta sentencia, nos interesa destacar las siguientes:

- "24 Mediante la primera cuestión prejudicial, el Tribunal remitente pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente".

- "28 De lo anterior se deduce que la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, constituye una decisión a efectos del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva".

- “34 En lo que atañe específicamente a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, el hecho de que la normativa nacional en cuestión en el procedimiento principal obligue en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato de que se trate antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador infringe las disposiciones de la Directiva 89/665”.

- “36 Además, incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de abril de 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 23). Por consiguiente, más concretamente, incumbe al juez nacional determinar, en el marco del litigio principal, si Marina del Mediterráneo y otras empresas tienen o tenían interés en obtener el contrato de que se trata y si se vieron perjudicadas o podían haberse visto perjudicadas por la decisión de la Agencia Pública de Puertos de admitir la oferta de la segunda Unión Temporal de Empresas”.

- “37 De las consideraciones anteriores en su conjunto resulta que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, aparado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665 deben interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, se oponen a una legislación nacional en virtud de la cual la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación —decisión de la que se ha alegado que infringe el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o la legislación nacional de transposición de ese Derecho— no está incluida entre los actos de trámite de un poder adjudicador que pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional independiente”.

Son dos las conclusiones principales que cabe extraer de esta sentencia a los efectos del análisis que aquí nos ocupa. En primer término, y de una parte, las decisiones de la mesa de contratación o del órgano de contratación acerca de la admisión de licitadores o proposiciones son impugnables en el marco de la Directiva 89/665/CEE, sin que quepa diferir el momento del recurso a la fase posterior del acuerdo de adjudicación cuando tales decisiones entrañan una vulneración de la normativa sobre contratación pública. A ello se suma, en segundo lugar, la necesidad de que tales decisiones reúnan los requisitos establecidos por la Directiva para que proceda el recurso, esto es, que el recurrente tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato, y que se haya visto o pueda verse perjudicado por una decisión que

incurra en infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho.

A la luz de tales consideraciones, y en el marco de la legislación española, establecido ya con alcance general el carácter impugnable como acto de trámite cualificado de los acuerdos de admisión de ofertas o licitadores en el vigente artículo 44.2.b) de la LCSP, habrá de analizarse en el caso concreto si efectivamente nos encontramos ante una decisión de admisión de proposiciones o licitadores susceptible de impugnación al amparo de dicha norma.

Para interpretar el alcance de dicha expresión (acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones) partimos, en primer término, de que en la regulación del procedimiento abierto en el TRLCSP y en su desarrollo mediante Real Decreto 817/2009 (y lo mismo cabe decir del régimen de la ya hoy vigente LCSP), no existe una específica previsión legal acerca de la adopción por parte de la mesa de contratación o del órgano de contratación de acuerdos expresos de admisión de los licitadores a la licitación o a los sucesivos trámites del procedimiento de adjudicación. Así, mientras que en el artículo 82 del Real Decreto 1098/2001 sí que se establecía expresamente que la mesa realizaría un pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo, en la regulación del Real Decreto 817/2009, por el contrario (y en tal sentido debe estimarse derogada la previsión del Reglamento de 2001), al regular en su artículo 22.1.b) las funciones de las mesas de contratación se refiere ya solo a la determinación de los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin prever una decisión expresa de admisión de ofertas o licitadores.

En este sentido, en nuestra Resolución nº 111/2018, con cita de la previa Resolución nº 105/2018, indicábamos lo siguiente:

“En cuanto al primer recurso, el dirigido contra la admisión de ACMS, procede declarar su inadmisión, porque hoy en día no existe, ni en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRCSP) ni en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), trámite de admisión de los licitadores en los procedimientos abiertos, sino que en ellos todo empresario interesado puede presentar una proposición (artículo 157 del TRLCSP) y, por el contrario, solo existe acto de exclusión de licitadores por incumplimiento de los requisitos exigidos en los Pliegos, apreciado en la calificación de la denominada “documentación administrativa”, a consecuencia de la competencia de la Mesa de contratación que le atribuye el artículo 22.1, a) y b) el Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y la derogación tácita que efectúa su Disposición derogatoria única de los preceptos del RGLCAP que se opongan al mismo, derogación en la que se entienden incluidos los artículos 82, último inciso, y 83.4 de dicho Reglamento General”.

Puntualizábamos que el único acto de trámite cualificado existente tras el acto de calificación documental, será, en su caso, esa exclusión de uno o varios licitadores, que, en consecuencia, podrán impugnarlo, pero no podrá serlo un acto de admisión inexistente.

De otra parte, en cuanto a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 2017, poníamos allí de relieve que la misma alude expresamente a los preceptos que cita de la Directiva de Recurso, que deben interpretarse como lo hace "en una situación como la controvertida en el litigio principal", situación ésta determinada por el hecho de que los licitadores en el procedimiento de contratación respectivo eran solo dos UTEs, de forma que si no se hubiera admitido a la otra, la UTE la recurrente sería con toda probabilidad la adjudicataria. En segundo lugar, en el procedimiento en que se acordó la admisión recurrida de la otra UTE licitadora, el Pliego de cláusulas administrativas particulares preveía un acto expreso de admisión o inadmisión de los licitadores a resultas de la calificación documental aportada por las licitadoras, documentándose todo ello en acta. La posibilidad de tal acto de admisión en el procedimiento abierto no se amparaba en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), ya que conforme a la misma en los procedimientos abiertos todo empresario puede presentar una proposición sin necesidad de que sea invitado a hacerlo tras ser seleccionado, es decir, admitido. Por tanto, no se establece en dicha Ley, para presentar proposición en aquéllos procedimientos, acto alguno de admisión. Lo que sí que existe es, por el contrario, la posibilidad de excluir a los licitadores que no acreditaren reunir los requisitos precisos exigidos para ser adjudicatario del contrato, acto este de exclusión que sí es un acto de trámite cualificado y, por ello, impugnable en esta vía.

En segundo lugar, retomando nuestro hilo argumental acerca de la interpretación del alcance de estos actos de admisión de ofertas o licitadores, es relevante destacar que nos encontramos ante una previsión novedosa de la Ley 9/2017 que amplía el alcance del objeto de este recurso especial pero que debe ser interpretada en el contexto que marca el principio más general conforme al cual estos actos de trámite de admisión de ofertas o proposiciones deben tener el efecto de decidir directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Adviértase, en tal sentido, que la norma no ha querido establecer estos actos como objeto del recurso especial al margen o más allá de los actos de trámite cualificados que ya se contemplaban en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, sino como una específica concreción de los mismos, con el matiz de que, al igual que sucede con los actos de exclusión, se estima que en todo caso concurre en ellos ese carácter cualificado. De haber querido el legislador añadir esta categoría de actos como objeto del recurso de manera adicional a los actos de trámite cualificados, y como un específico acto de trámite impugnable aun cuando no concurriera en el mismo alguna de las circunstancias indicadas para cualificar el acto de trámite a estos efectos, se habría utilizado otra redacción del precepto, indicando que, además de los actos de trámite cualificados por concurrir las indicadas circunstancias, son en todo caso objeto de impugnación los acuerdos de admisión de licitadores o de proposiciones. Pero no es eso lo que dice la norma, sino que su tenor manifiesta que son objeto de recurso los acuerdos de admisión en tanto se consideran en todo caso actos de trámite cualificados.

Esta consideración enlaza con lo que previamente señalábamos acerca del alcance de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE en el Asunto C-391/15, donde la posibilidad de interponer recurso frente a una decisión de admisión pasaba siempre por la comprobación de los requisitos generales para que una decisión resulte impugnable, aparte de venir sustentado su pronunciamiento en las específicas circunstancias del caso que se examinaba, como hemos indicado.

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 impugnable, 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 impugnable acerca de la admisión de licitadores o proposiciones.

En esta tesitura, se ha de tener muy presente, en este sentido, que una interpretación extensiva del alcance de la posibilidad de impugnar la admisión de ofertas o licitadores podría conllevar resultados contrarios a la lógica, entorpeciendo y demorando innecesariamente los procedimientos de adjudicación y dificultando una resolución ágil y eficaz de los recursos, puesto que podría conducir a que se permitiese una continua impugnación de los sucesivos actos de trámite de la mesa de contratación en el desarrollo del procedimiento, aun no incidiendo de manera sustancial sobre los intereses legítimos de los licitadores, bajo

el argumento de que en ellos, al dar paso a la siguiente fase del proceso de licitación, se puede advertir la existencia de una implícita admisión de licitadores a esa fase. Tal argumento resulta inaceptable, y vendría a privar de sentido la previsión general del artículo 44.2.b) de la LCSP, por cuanto supondría tanto como admitir la interposición de recurso frente a cualesquiera actos de trámite a lo largo del procedimiento, en contra del principio básico y tradicional de nuestro derecho administrativo, recogido en dicho precepto, que destaca el carácter irrecurrible de los actos de trámite, a salvo los de carácter cualificado, esto es, en este ámbito, los 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.

Dicho todo lo anterior, y descendiendo ya a las circunstancias del caso concreto que aquí nos ocupa, partimos de lo establecido en la Cláusula 7.4.2 del PCAP, conforme al cual:

“En el sobre nº 3 deberá incluirse la oferta económica, según modelo (ANEXO V), y la documentación necesaria para justificar detalladamente el coste de la prestación del servicio, tanto de lo ofertado en el sobre nº 2 (proposición técnica), como en el sobre nº 3 (bolsa de horas y oferta económica).

No aportar la citada documentación dará lugar a la exclusión de la oferta, al considerar que no queda justificada.

Una vez comprobado por la Mesa de Contratación que se ha aportado la documentación requerida, con carácter previo a la valoración de la oferta económica, ésta y su documentación justificativa será sometida a informe de los servicios municipales, quienes evaluarán la viabilidad económica de la prestación del servicio.

Si, según el informe técnico, alguna proposición resultara incursa en temeridad, entendida ésta como la imposibilidad de ejecutar el contrato, tanto por la insuficiencia de los costes laborales según convenio, como de los que se refieran a los medios materiales, se requerirá al licitador a fin de que proceda a su justificación, completando, en su caso, la documentación justificativa presentada en su oferta, remitiéndose nuevamente, una vez recibida, a los Servicios Técnicos Municipales para la emisión de Informe.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes emitidos por los servicios técnicos, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión

de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación, procediendo con las restantes a la distribución de los puntos.

Para ello, se otorgará la máxima puntuación a la oferta con menor precio. Al resto se les atribuirán los que en proporción inversa les correspondan.

A aquellas proposiciones cuya oferta coincida con el tipo se les otorgará 0 puntos.

- Si durante cualquiera de las fases de la licitación previas a la propuesta de adjudicación se produjera la exclusión o renuncia de algún licitador, se procederá al recálculo de los puntos que hayan sido asignados, tanto en el sobre nº 2 como en el sobre nº 3, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas, con las empresas que continuarán en la licitación."

Llegados a este punto, teniendo presente lo establecido en esta cláusula, y examinando el acto impugnado a la luz de las anteriores consideraciones, nos encontramos con que el recurrente impugna la valoración realizada por la mesa de las proposiciones, en cuanto a la evaluación de su viabilidad económica a efectos de determinar si alguna de ellas resulta anormal o desproporcionada, con exclusión de la que, encontrándose en tal situación, se estimase que no puede ser cumplida. Adviértase, en este sentido, que el núcleo fundamental de la impugnación se refiere a la crítica del informe de viabilidad emitido. No se cuestiona, conviene aclararlo, un acuerdo de la mesa por el que se admita una proposición que inicialmente se estimó que estaba incursa en un supuesto de anormalidad o desproporción, sino que se ataca la decisión de la mesa por no haber apreciado el carácter desproporcionado (por inviables) de las ofertas que cuestiona el recurrente.

Así pues, lo que se impugna no es en realidad, en el sentido que hemos expuesto previamente, un específico acuerdo de admisión de ofertas. Lo que cuestiona el recurrente es el hecho de que en el acuerdo de la mesa que se impugna no se haya excluido a alguna de las presentadas por no cumplir, a su juicio, los requisitos establecidos en el pliego. Por lo tanto, la posibilidad de impugnar este acto de trámite debe reconducirse a la regla general, esto es, se ha de examinar si el mismo decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Desde tal perspectiva, es evidente que en el acto impugnado no concurre ninguna de las circunstancias referidas, tratándose de un acto de trámite no cualificado y por ende no impugnable en esta vía, tal y como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal en referencia a actos de la mesa de contratación relativos a la evaluación de las ofertas, en los

distintos aspectos de las mismas, dado su carácter no definitivo. Ni siquiera resulta recurrible, por no ser tampoco acto de trámite cualificado, la propuesta de adjudicación, como hemos razonado, por ejemplo, en nuestra Resolución nº 2/2018.

El único acuerdo de la mesa adoptado en la reunión de 4 de abril de 2018 a la que se refiere el recurso que resulta recurrible es el de exclusión de una de las ofertas, y exclusivamente por el licitador excluido, lo que no es el caso.

A lo anterior se suma, adicionalmente, el hecho de que, como oportunamente se ha puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones del resto de licitadores, aun en el caso de acordarse la exclusión de las proposiciones que cuestiona el recurrente, ni siquiera entonces le correspondería la adjudicación del contrato, dado que en el orden de clasificación de las proposiciones contenido en el acta de propuesta de adjudicación figura en tercer lugar, no habiéndose cuestionado la admisibilidad de la proposición clasificada en segundo lugar, a la que en la hipótesis de estimación del recurso correspondería entonces la adjudicación del contrato. Tampoco justifica el recurrente que como consecuencia de la exclusión de licitadores que postula se hubiera de llevar a cabo un nuevo cálculo de puntuaciones de las proposiciones con el resultado de situar a la suya como la mejor valorada. Esta consideración apunta en un doble sentido: en primer lugar, pone de relieve un elemento adicional que corrobora el carácter irrecurrible del acto en cuanto acto de trámite no cualificado, pues abunda en la consideración de que el mismo no repercute sustancialmente sobre los intereses legítimos del recurrente, y, de otra, añade un segundo motivo de inadmisibilidad por falta de legitimación conforme al art. 42 del TRLCSP (artículo 48 de la LCSP).

Por todo lo hasta aquí expuesto procederá pues la inadmisión del recurso.

Tercero. Hemos de referirnos por último a lo alegado por alguno de los licitadores que han formulado alegaciones oponiéndose a la estimación del recurso acerca de la procedencia de imposición de multa al recurrente. Al respecto, y aun cuando este Tribunal comprende las razones esgrimidas en apoyo de tal petición, estimamos que no procede la imposición de multa en este caso. Sustentamos tal consideración en el hecho de que, dada la reciente entrada en vigor de la LCSP, es legítimo tratar de plantear un recurso fundado en una interpretación amplia de la novedad introducida en el artículo 44.2.b) acerca de la recurribilidad de los actos de admisión de ofertas o licitadores, en lo que sustenta su impugnación el recurrente. No olvidemos que, tratándose de una norma de carácter sancionador, como es el caso de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP, la mala fe debe probarse y en caso de duda interpretarse en beneficio del recurrente que se ha interpuesto el recurso de buena fe.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. F. J. M. L. en representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A., frente al acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) de 4 de abril de 2018 sobre la viabilidad de las ofertas económicas presentadas en la contratación del "Servicio de conservación y mejora de jardines y arbolado en Cartagena" (expediente SE2016/21).

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.

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

Proyecto CSP www.contratosdelsectorpúblico.es