Recurso 178/2023
Resolución 239/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 5 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZOSMAMEDIA, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 16 de marzo de 2023 del contrato basado en el «Acuerdo marco para la contratación de los servicios de planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa, radio, televisión, exterior, redes sociales y plataformas digitales así como ejecución y seguimiento de los planes de medios para las acciones de comunicación de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible: campaña de promoción de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de Andalucía en prensa radio y televisión (lote 1)» (Expediente del contrato basado: CONTR 2022 1092892), convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, adscrita a la actual Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de abril de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del citado acuerdo marco de servicios. El expediente de contratación fue tramitado con el número CONTR 2021 0000057177. El objeto del acuerdo marco se encuentra dividido en 3 lotes.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Mediante resolución, de 16 de marzo de 2023, el órgano de contratación acuerda adjudicar el contrato basado citado en el encabezamiento de la presente resolución, respecto del lote 1, a la entidad PROXIMIA HAVAS, S.L, obteniendo una valoración total de 97,91 puntos, la recurrente queda clasificada en tercer lugar con 96,15 puntos. La citada resolución fue notificada a la entidad ahora recurrente el 17 de marzo.

SEGUNDO. El 10 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad ZOSMAMEDIA, S.L.,(en adelante la recurrente) contra la citada resolución, de 16 de marzo de 2023. Además la recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación así como el acceso al expediente.

El citado escrito de recurso no estuvo disponible para este Órgano hasta el día 17 de abril de 2023 como consecuencia de una incidencia técnica informática que afectó al funcionamiento del sistema de tramitación electrónica de expedientes Inform@-TARCJA.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por parte de la Secretaría de este Tribunal se solicitó a la recurrente, respecto del trámite de vista solicitado que acreditase la fecha de solicitud del acceso al expediente ante el órgano de contratación, que concretase la documentación así como que justificase la necesidad de acceder a dicha documentación para la presentación del recurso. La entidad recurrente presentó sus alegaciones en plazo, en las que indica que el órgano de contratación ya le había dado acceso al expediente el 19 de abril de 2023 y que presentaría escrito de ampliación de recurso. El escrito de ampliación de recurso fue recibido en el Registro de este Tribunal.

Por la Secretaría del Tribunal se le dio traslado del escrito de ampliación del recurso al órgano de contratación y se le solicitó el informe complementario sobre el mismo. El mismo no ha sido recibido en el plazo legal concedido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone formalmente contra la resolución de adjudicación de un contrato basado en un acuerdo marco de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador por lo que el acto recurrido, es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación y aun teniendo en cuenta la fecha de aprobación del acto impugnado, el escrito de impugnación se ha presentado dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el apartado 6 de la memoria justificativa del contrato basado, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

SEXTO. Sobre la solicitud de acceso al expediente.

A continuación, procede pronunciarse sobre la petición de acceso al expediente incluida en el escrito de la recurrente. En este sentido como se ha indicado la recurrente tras requerimiento realizado por este Órgano manifiesta que la vista de expediente ya tuvo lugar ante el órgano de contratación.

Al respecto, en el examen de la cuestión hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP que, bajo la denominación de «*Acceso al expediente*», dispone:

> *«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.*
> *2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.*
> *3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente».*

A la vista de este precepto legal, podemos extraer las siguientes conclusiones: el artículo 52 de la LCSP exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquel no se haya facilitado por parte del citado órgano. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso.

En el supuesto examinado, acredita la recurrente que solicitó acceso al expediente ante el órgano de contratación en escrito de 10 de abril de 2023 y que la misma le fue concedido el 19 de abril de 2023.

Dicho acceso otorgado por el órgano de contratación antes del pronunciamiento de este Tribunal sobre la vista solicitada en su sede, aunque tarde, ha de entenderse que hace perder su finalidad a la vista que este Tribunal ha de dar en sus oficinas, máxime cuando la recurrente ha procedido a la ampliación del escrito de interposición, a raíz del acceso concedido por el órgano de contratación.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Al respecto, si bien la recurrente interpone el presente recurso desde una perspectiva formal contra la resolución de adjudicación del contrato, en el sentido anteriormente manifestado, sin embargo, sustantivamente cuestiona la admisión de la oferta de la adjudicataria del contrato, PROXIMIA HAVAS, S.L., por considerar que la entidad no ha cumplido con lo estipulado en el acuerdo marco respecto a la obligatoriedad de que las adjudicatarias de cada lote del acuerdo marco participen de forma obligatoria en todos los contratos basados. Así argumenta que la adjudicataria no participó en una licitación anterior, un contrato basado, respecto de otro lote por lo que no debió participar en el actual procedimiento, solicitando que se declare la nulidad o anulabilidad de la resolución de adjudicación, que se acuerde la exclusión de la adjudicataria por el motivo anteriormente mencionado y que se retrotraiga el procedimiento de forma que se permita la presentación de nuevas ofertas.

Así, la recurrente manifiesta en su escrito de recurso que concurre en el presente supuesto la causa de nulidad recogida en el artículo 39.2.f) de la LCSP, y que establece que: *«El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador».* Afirma que el incumplimiento de la adjudicataria ha tenido trascendencia evidente para la licitación en su conjunto por lo que como indicamos solicita que se declare la invalidez del acto impugnado y además la retroacción de las actuaciones para que se permita la nueva presentación de ofertas.

Por otro lado, por lo que respecta al escrito de ampliación tras el trámite de acceso al expediente, la recurrente realiza una serie de alegaciones con relación a la valoración de la oferta de PROXIMIA HAVAS, S.L., en síntesis manifiesta lo siguiente:
- Que en la invitación realizada por el órgano de contratación a participar en el procedimiento se recoge la obligatoriedad *«de presentar, junto con la oferta, certificados de todos los medios, firmados y sellados por el Director comercial en los que se verifique la condición económica ofertada. Se recoge expresamente que el descuento ofertado sobre la tarifa oficial deberá ser único, y deberá servir para respaldar la oferta económica presentada por el candidato».* Sobre lo anterior manifiesta que la adjudicataria no presentó todos los certificados de forma correcta.
- La recurrente se refiere a varios medios en los que la adjudicataria no habría presentado correctamente los citados certificados: el medio Andalucía Económica y los soportes Viva(s) y The Objective. Argumenta que en todos ellos, si bien se exigía en la invitación a participar un descuento que debía ser único y que debía figurar en el mismo, sin embargo, en la proposición de la adjudicataria se incluyen diversos descuentos en función del formato del anuncio.
- En circunstancias similares, argumenta, se encuentra la proposición de la adjudicataria respecto del descuento relativo al soporte Trece TV, que según el certificado presentado oferta un tipo de descuento dependiendo del período del año y, afirma, solo se ha tenido en cuenta en la valoración de la oferta de la adjudicataria el tramo más favorable. Sobre esta cuestión, la recurrente manifiesta que existe en el expediente un certificado posterior

emitido por el citado soporte una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas y del que no ha podido verificar que exista requerimiento por el órgano de contratación que justifique mínimamente la presentación del segundo certificado extemporáneo. Alega que el mismo no se puede tener en cuenta para valorar la oferta de la adjudicataria.

En conclusión la recurrente manifiesta que para haber valorado correctamente la oferta de la adjudicataria el órgano de contratación debió de haber solicitado aclaraciones adicionales sobre el contenido de la proposición, dado que la valoración se ha realizado teniendo en cuenta solo los descuentos más favorables, que no se corresponden -a juicio de la recurrente- con los descuentos reales incluidos en la oferta. Por tanto, se ratifica en su recurso manifestando que la resolución de adjudicación recurrida resulta nula o anulable.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Afirma que si bien es cierto que tanto la LCSP como el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establecen la mencionada obligación de presentar oferta en los términos establecidos en aquél, ni la LCSP, ni el propio pliego prevén qué consecuencias podrá llevar aparejado su incumplimiento. Por tanto, argumenta, donde no limita el pliego no debe limitar ni una mesa de contratación, o en su ausencia como es el caso, los órganos dependientes del órgano de contratación, so pena de incurrir en una grave vulneración de los principios de seguridad jurídica e igualdad. Alude a la doctrina sobre que los pliegos una vez que adquieren firmeza, son la ley entre las partes o la lex contractus con base a la cual alega: *«En el caso que nos ocupa y en virtud del meritado principio de seguridad jurídica, a falta de previsión en el PCAP este órgano de contratación no puede, en modo alguno, excluir a ninguna de las empresas adjudicatarias del acuerdo marco por no presentar oferta a alguno de los contratos basados».*

Asimismo manifiesta, que hasta la fecha se han licitado cinco contratos basados en el acuerdo marco de referencia, dos relativos al lote 1, uno del lote 2 y dos del lote 3, de los que PROXIMIA HAVAS, S.L. sólo ha dejado de presentar oferta en uno de ellos, que además se corresponde a un lote distinto del que nos ocupa, el lote 3, no considerando la recurrente que cada lote constituye un contrato. Así las cosas, entiende que la no concurrencia en un solo contrato de cualquiera de los lotes del acuerdo marco de los que resultó adjudicataria no es causa suficiente para prever la exclusión de una empresa en un acuerdo marco y a falta de previsión en la LCSP y en el PCAP, por lo que considera que no es lícito que se hubiera aparejado al citado incumplimiento la sanción más extrema de las posibles, como pretende la recurrente.

Por otro lado, el órgano de contratación se refiere a otros acuerdos marcos de la Junta de Andalucía en los que sí están previstas sanciones ante este tipo de incumplimientos. Así, tras reproducir el contenido del pliego que utiliza como ejemplo llega a las siguientes conclusiones: (I) Se trata de una exclusión temporal, por periodo de tres meses, (II) La exclusión es potestativa para el órgano de contratación, (III) A estos efectos sólo se considera incumplimiento cuando la empresa no presente oferta en un mínimo de dos licitaciones en un periodo de doce meses, salvo causa justificada (IV) El alcance de la exclusión es sólo del lote respecto del que se haya producido el incumplimiento y (V) Se regula en el pliego el procedimiento para acordar la exclusión.

Con relación a la ventaja que ha podido obtener la adjudicataria como consecuencia de no haber licitado al otro contrato basado el órgano de contratación argumenta:

> *«En primer lugar, no menciona la recurrente que de los cinco contratos basados licitados hasta la fecha no es el aludido del lote 3 el de menor importe, cuyo presupuesto de licitación era de 65.000,00€, más IVA, sino que por el contrario, PROXIMIA HAVAS, S.L. ha concurrido a dos lotes de cuantía mucho menor, uno con*

presupuesto de licitación de 31.322,30€, más IVA, del lote 1, y otro con un presupuesto de licitación de 10.000,00€, más IVA, del lote 3, ambos pertenecientes a la misma campaña (se adjuntan las cartas de invitación de los contratos aludidos).

En segundo lugar, los recursos necesarios para la preparación de la licitación a la que dejó de concurrir la adjudicataria son mínimos, y del todo irrelevantes comparados con el contrato que se recurre, ya que la oferta se limitaba al precio neto del coste por mil impresiones (CPM) de cuatro redes sociales y/o plataformas digitales, además de volver a ofertar el % de recargo, que al no poder ser superior al ofertado para el acuerdo marco ni inferior al 0% no podía ser más que 0 (se adjunta la carta de invitación del contrato referido).

En definitiva, por más que esto no deja de ser un argumento fáctico, una mera conjetura, no se advierte esa ventaja evidente de PROXIMIA HAVAS, S.L. con respecto al resto de empresas adjudicatarias, que como esgrime la recurrente comprometen y congelan sus recursos disponibles con cada oferta presentada, bloqueando la disponibilidad de los mismos hasta la resolución del contrato basado, sin poder utilizarlos para la presentación de otra oferta posterior».

Finalmente, con relación a la aludida causa nulidad manifestada por la recurrente argumenta que no se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 39.2.f) de la LCSP ya que: *«ni se han incumplido por este órgano de contratación las normas establecidas para la adjudicación del contrato basado ni mucho menos se ha producido un incumplimiento que hubiera determinado la adjudicación del contrato a otro licitador».*

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

La recurrente articula su escrito de impugnación combatiendo principalmente la adjudicación del contrato dado que se ha realizado a favor de una entidad incumplidora de la cláusula 16 del PCAP y el artículo 221.6.b) de la LCSP. Afirma que dicha adjudicación ha supuesto incurrir en la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2.f) de la LCSP, se puede considerar por tanto que el recurso contra la adjudicación en realidad se dirige contra la admisión de la adjudicataria. Sin embargo, a la hora de realizar su petitum la recurrente, además de solicitar la exclusión de la adjudicataria pretende que sea anulado todo el procedimiento para que se permita la presentación de nuevas ofertas, y ello, por el supuesto efecto que habría provocado la participación de la citada entidad supuestamente incumplidora en el procedimiento de licitación.

Se debe tener en cuenta que la oferta de la recurrente quedó posicionada en tercer lugar en el orden de clasificación de las ofertas, por lo que en principio decaería su legitimación respecto de la impugnación de la adjudicación al no beneficiarle a la recurrente directamente, sino a la segunda clasificada, si bien, se hace preciso analizar en primer lugar la petición que realiza la recurrente respecto de la anulación de todas las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación, lo que le permitiría presentar una nueva oferta.

Sobre lo anterior, y sin prejuzgar la naturaleza de la propia infracción que conllevaría la exclusión de la adjudicataria, la recurrente pretende extender sus efectos a todo el procedimiento de contratación completo, petición que debe formularse de forma fundamentada y justificada, dado que choca frontalmente con el principio de conservación de trámites previsto en el artículo 51 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), de aplicación en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LCSP. El citado artículo 51 dispone que: *«El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción»*. En este sentido, se ha de tener en cuenta que existe una entidad clasificada en segundo lugar sobre la que la recurrente no realiza alegación alguna y de la que cabe presuponer que la valoración de su oferta se ha realizado conforme a derecho.

La argumentación contenida en el recurso que fundamentaría la pretensión relativa a la nulidad del procedimiento se encuentra recogida en diversas partes de su escrito. En este sentido manifiesta que:

> *«Precisar en este punto que, las invitaciones para concurrir a ambos Contratos (el del Lote 1 adjudicado a PROXIMIA HAVAS y el del Lote nº 3 adjudicado a ZOSMA) se remitieron en fecha 29 de diciembre de 2022. Por ende, las empresas licitadoras tuvieron que preparar simultáneamente ambos contratos, dividiendo y bloqueando sus recursos. Tal y como se desprende de los hechos relatados, PROXIMIA HAVAS no concurre al contrato de menor importancia económica -el del Lote nº 3-, pero sí al de mayor importancia económica hasta la fecha, acudiendo con todos sus medios, en perjuicio del resto de concurrentes, y especialmente de mi representada, que ha presentado ofertas a todos y cada uno de los contratos -congelando para ello parte de los recursos disponibles-, con escrupuloso cumplimiento de los requisitos previstos en el Acuerdo Marco.*
>
> *La mala fe de la entidad PROXIMIA HAVAS es patente, pretendiendo seleccionar de entre los contratos el que más le interesa, cuando precisamente el Acuerdo Marco exige que se concurra a TODOS, para salvaguardar el principio de concurrencia».*

Más adelante en su escrito manifiesta la recurrente: *«La inclusión de dicha obligación no es baladí, ya que, al tratarse de un Contrato basado en el seno de un acuerdo marco, se persigue mantener los principios de transparencia y competencia en el seno de dicha licitación. Por el contrario, si las empresas adjudicatarias del acuerdo marco solo presentaran oferta para los contratos de mayor envergadura, reservando todos los medios disponibles para un determinado contrato, nos podríamos encontrar ante un verdadero falseamiento de la competencia, que iría en detrimento de los intereses generales en materia de contratación pública».*

Sobre esta cuestión también menciona, lo siguiente: *«Pero es que, a mayor abundamiento, dicho incumplimiento tiene trascendencia evidente en los derechos y libertades públicas del resto de empresas adjudicadoras del acuerdo marco. Insistimos que, la obligación de presentar ofertas por todas las empresas adjudicadoras del Contrato resulta necesaria para mantener cierta concurrencia competitiva entre las licitadoras.*
Además de lo anterior, las empresas obligadas a presentar ofertas tienen que comprometer sus recursos, bloqueando la disponibilidad de los mismos hasta la resolución del contrato basado. Así, dichos recursos no pueden ser utilizados para la presentación de otra oferta posterior. Por ello, si una de las empresas adjudicadoras decide elegir libremente a qué contrato basado presentarse, está beneficiándose de una prerrogativa contraria a la normativa imperativa, consiguiendo una ventaja ilegítima con respecto al resto de sus competidoras».

Por todo lo anterior la recurrente solicita, en el sentido manifestado, la retroacción de las actuaciones hasta el momento de presentación de ofertas, por la disminución de la competencia -al no participar la entidad que resultó adjudicataria, supuesta infractora-, que entiende que podría provocar que los licitadores apuesten por una oferta diferente ya que el contexto de presentación de ofertas sufriría cambios significativos por lo que se debe, en su opinión, permitir que las cuatro empresas restantes puedan presentar una nueva oferta.

Pues bien, analizadas las alegaciones de la recurrente respecto a la anulación del procedimiento de contratación, este Tribunal considera que las mismas resultan carentes de fundamento jurídico, dado que la recurrente no llega a alegar infracción legal alguna que justifique la citada nulidad del procedimiento. La recurrente denuncia la irregularidad en la actuación de la mesa de contratación al admitir la oferta de la entidad finalmente adjudicataria y en el escrito de ampliación cuestiona la valoración de su oferta, pero no manifiesta infracción alguna respecto del resto de actuaciones realizadas en el procedimiento de adjudicación, como la valoración del resto de las ofertas, que han de presumirse válidas (artículo 39 de LPAC) y deben ser conservadas en tanto que, al no haberse demostrado lo contrario, se habrían mantenido iguales de no haberse producido la presunta infracción y sobre las que, reiteramos, la recurrente no realiza alegación alguna más allá de una afirmación

inconcreta sobre que las ofertas habrían sido diferentes si no hubiera participado la adjudicataria, circunstancia carente de justificación alguna respecto del resto de licitadores.

En este sentido, la recurrente realiza una serie de alegaciones que claramente se dirigen contra la admisión de la adjudicataria y la valoración de su oferta pero que no llegan a justificar de forma suficientemente comprensible, el motivo por el que su participación o no, ha influido de forma decisiva en la propia elaboración de la oferta de la recurrente de forma que quepa entender que el procedimiento se encuentra viciado de nulidad. La recurrente menciona el incumplimiento que habría supuesto una ventaja para la adjudicataria y que habría podido llevar a su exclusión del procedimiento, pero que en principio no afectaría a la valoración del resto de las ofertas -quedando la suya tercera y sin poder acceder a la adjudicación- más allá de elucubraciones carentes de fundamentación jurídica. La recurrente alude al principio de concurrencia respecto de la obligación de la adjudicataria de participar, pero este Tribunal no halla en las alegaciones de la recurrente infracción del ordenamiento jurídico que pudiera conllevar a la anulación de todo el procedimiento de licitación.

Es decir, aunque se aceptara que la adjudicataria ha tenido cierta ventaja en tanto que habría podido invertir más recursos en la elaboración de la oferta en el presente contrato basado al no haber participado, en otra licitación incumpliendo lo previsto expresamente en la cláusula 16 del PCAP y en el artículo 221.6.b) de la LCSP, incluso aunque se aceptara que la valoración de su oferta no ha sido correcta, ello no empece el hecho de que existe otra licitadora, la segunda clasificada, sobre la que la recurrente no realiza alegación alguna y de la que cabe presumir que no existe incumplimiento, que resultaría directamente perjudicada de dicha retroacción en tanto que se le impediría la posibilidad de acceder a la adjudicación.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y otra más reciente, la 143/2021, de 15 de abril), sobre la función que ostenta exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP.

Sobre lo anterior, como hemos señalado en otras ocasiones (v.gr. Resolución 302/2020, de 10 de septiembre) *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre».*

Finalmente, respecto a la afirmación de que las ofertas del resto de licitadores también podrían ser distintas ante la ausencia de la adjudicataria, motivo por el que también solicita la anulación de todo el procedimiento, se ha de considerar que la recurrente está actuando en defensa de una supuesta legalidad pero no ejerciendo un interés legítimo y ello, por cuanto de cuya estimación no derivaría ninguna ventaja concreta para ella, siendo así que en materia contractual la posibilidad de interponer el recurso especial va ligada al interés legítimo en los términos del artículo 48 de la LCSP, sin que quepa el reconocimiento de una acción popular que habilite para intervenir en cualesquiera cuestiones sin más interés que el meramente abstracto en defensa de la legalidad.

Así, procede inadmitir el motivo de recurso respecto de la anulación del procedimiento de adjudicación por los motivos argumentados.

En segundo lugar la recurrente solicita la exclusión de la entidad adjudicataria, para el análisis de este motivo de recurso se ha de tener en cuenta que su oferta ha sido la tercera calificada.

En este sentido, como se ha indicado la recurrente solicita la exclusión de la adjudicataria dado que habría incumplido la obligación de presentar oferta en otro contrato basado respecto de otro lote correspondiente al presente acuerdo marco con incumplimiento de lo establecido en la cláusula 16.1 del PCAP con relación a lo dispuesto en el artículo 221.6.c) de la LCSP, por tanto considera que no debió de participar en la presente licitación, asimismo, en su escrito de ampliación cuestiona además la valoración de su oferta. Sin embargo, en el presente supuesto, y sin prejuzgar la legalidad de la actuación del órgano de contratación resulta que la oferta de la recurrente queda clasificada en tercer lugar, de tal suerte que aun cuando pudiese estimarse este motivo de recurso, excluyendo la oferta de las entidad clasificada en primer lugar, la ahora recurrente seguiría sin poder ser adjudicataria del contrato, pues las empresa clasificada en segundo lugar continuaría estando mejor posicionadas que ella.

Por tanto, y a la vista de las circunstancias concurrentes procede examinar detenidamente la legitimación ad causam de la entidad ahora recurrente. Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)».*

En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero y 296/2021, de 29 de julio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria con la estimación del recurso respecto de este motivo, no obtendría beneficio inmediato más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, como se ha expuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente ha quedado situada en tercer lugar, por lo que la eventual estimación del motivo de recurso, en el que se denuncia la indebida admisión de la entidad clasificada en primer lugar así como la valoración de su proposición, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, toda vez que con ocasión del recurso interpuesto la recurrente, respecto de la entidad clasificada en segundo lugar, situada en una mejor posición que ella, no esgrime motivo en su contra ni solicita la exclusión de su oferta, por lo que no obtendría beneficio alguno mas allá de la mera defensa de la legalidad, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o

ajeno, pues en todo caso la entidad actualmente clasificada en segundo lugar seguiría estando en una mejor posición que la ahora recurrente.

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso interpuesto por falta de legitimación, respecto de este motivo de recurso.

En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, siendo competente este Tribunal para su apreciación.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los motivos en que la misma se sustenta y sobre la medida cautelar solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ZOSMAMEDIA, S.L.** contra la resolución de adjudicación de 16 de marzo de 2023 del contrato basado en «el Acuerdo marco para la contratación de los servicios de planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa, radio, televisión, exterior, redes sociales y plataformas digitales así como ejecución y seguimiento de los planes de medios para las acciones de comunicación de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible: campaña de promoción de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de Andalucía en prensa radio y televisión (lote 1)» (Expediente del contrato basado: CONTR 2022 1092892), convocado por la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, adscrita a la actual Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural, tanto por la falta de legitimación de la recurrente como por los motivos argumentados en el fundamento de derecho octavo.

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

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

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