

**RECURSO 154/2020
RESOLUCIÓN 180/2020**

Resolución 180/2020, de 17 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Entorno de Publicidad, S.L.U. contra la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 13 de octubre de 2020, por la que se adjudican los lotes 1 y 2 del contrato del servicio para el diseño y divulgación de dos campañas de publicidad institucional de la Consejería de Economía y Hacienda, expediente nº A2020/007449.

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Por Resolución de la Directora General de Política Económica y Competitividad de la Consejería de Economía y Hacienda de 16 de julio de 2020, se aprueban el expediente de contratación, el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) y se dispone la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato de servicio para el diseño y divulgación de dos campañas de publicidad institucional de la Consejería de Economía y Hacienda, expediente nº A2020/007449, mediante procedimiento abierto con un valor estimado de 247.933,88 euros.

La licitación se ha publicado en el perfil de contratante de la Consejería de Economía y Hacienda, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

A la licitación se presentan cinco empresas, entre las que se encuentra la recurrente.

Segundo.- El 19 de agosto la Mesa de contratación procede a la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa, admite a dos empresas y solicita a las otras tres la subsanación de la documentación aportada.

Tercero.- El 26 de agosto la Mesa de contratación, previa admisión de las tres empresas tras haber subsanado los defectos de la documentación

administrativa, procede a la apertura del sobre referente a los criterios evaluables mediante fórmulas y propone la adjudicación de ambos lotes del contrato a la empresa Galera Publicidad S.L.

Cuarto.- Por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 13 de octubre se adjudican los lotes 1 y 2 del contrato a la empresa Galera Publicidad S.L. El 14 de octubre se publica la adjudicación en la PCSP.

Quinto.- El 3 de noviembre D. yyyy, en nombre y representación de Entorno de Publicidad, S.L.U., presenta ante este Tribunal un recurso especial en materia de contratación frente a la orden por la que se adjudica el contrato.

Expone que el 18 de septiembre remitió un escrito dirigido a la Mesa de contratación en el que señalaba que la empresa propuesta como adjudicataria incumplía con lo previsto en el PCAP en la elaboración de su oferta, por lo que solicitaba su exclusión y nueva propuesta de adjudicación a la oferta siguiente en el orden de puntuación del procedimiento, no habiendo recibido respuesta.

Fundamenta el recurso en que la oferta económica y la propuesta de mejoras de la empresa adjudicataria no cumple con las exigencias del PCAP, concretamente con la condición especial de ejecución contenida en la cláusula 4.7.2 que condiciona en sus porcentajes los importes máximos y mínimos de inserción asignados a cada medio de comunicación para la elaboración de la oferta. Advierte que, en la mayoría de los casos, el coste efectivo destinado al pago de anuncios y cuñas en cada medio de comunicación queda fuera de la horquilla que supone aplicar el porcentaje limitativo establecido en dicha cláusula y en el Anexo I del PPT con el margen del +/- 5% y señala que la oferta de la empresa adjudicataria no cumple los límites porcentuales establecidos por el PCAP para cada medio de comunicación.

Solicita la anulación de la adjudicación de ambos lotes a la empresa Galera Publicidad, S.L. y la retroacción de las actuaciones del procedimiento al momento oportuno para acordar la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria y de las demás que no respeten razonablemente los límites cuantitativos establecidos para cada medio de comunicación en el PCAP y en el PPT y que se realice nueva propuesta de adjudicación a la mejor oferta en el orden de puntuación, correspondiendo en este caso la adjudicación de ambos lotes a la empresa a la que representa.

Adjunta escritura de elevación a público de acuerdos sociales en la que consta su nombramiento como administrador único de la empresa, el escrito dirigido a la Mesa de contratación, el cuadro comparativo explicativo de la desviación de la oferta propuesta como adjudicataria respecto a los límites establecidos en la licitación y el cuadro explicativo del cumplimiento de estos límites por su oferta.

Sexto.- El 4 de noviembre se admite a trámite el recurso especial -al que se le asigna el número de referencia 154/2020- y se requiere al órgano de contratación para que en el plazo de dos días hábiles remita a este Tribunal el expediente de contratación, acompañado del correspondiente informe y de la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas.

Séptimo- El 6 de noviembre se reciben en este Tribunal, el expediente, la dirección de correo electrónico de todas las empresas licitadoras interesadas y el informe del órgano de contratación de 5 de noviembre en el que se señala:

“- No se ha apreciado que la oferta de la empresa adjudicataria contenga vulneración alguna de lo recogido en los pliegos que rigen este expediente.

»- La adjudicación se ha realizado a la oferta más ventajosa con arreglo a los criterios de valoración recogidos en el PCAP, sin que haya estado además incurso en presunción de anormalidad.

»- La cláusula que la recurrente considera vulnerada, la 4.7.2, recoge una condición especial de ejecución, cuyo incumplimiento por tanto deberá ser apreciada en su caso precisamente en esa fase, y no en la de licitación y adjudicación.

»- Los pliegos no exigen que se pague a los medios unos concretos precios por cada inserción ni exigen que las ofertas contengan un desglose de importe por medio que permita concluir el incumplimiento ‘apriorístico’ de la citada condición especial de ejecución.

»- En ausencia de tales importes, la recurrente los ha estimado con sus propios cálculos, basándose en unos supuestos precios ‘idénticos para

todas las empresas' cuya existencia, además de incompatible con la economía de libre mercado, no es probada por la recurrente y es contraria a hechos como la presentación de 5 ofertas distintas basándose en 5 precios distintos, las ofertas a la recurrente hablando de descuentos, o la admisión por ésta de que cabe la negociación con los medios".

Octavo.- El 9 de noviembre de 2020 se concede trámite de audiencia a los interesados, sin que se hayan presentado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.1 del de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Entorno de Publicidad, S.L.U. para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- El recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

La presentación del recurso se ha producido dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, pues la orden por la que se adjudica el contrato se ha publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 14 de octubre y el recurso se interpuso el 3 de noviembre.

4º.- En cuanto al fondo del asunto la empresa recurrente manifiesta que la oferta económica y la propuesta de mejoras de la empresa adjudicataria incumple lo establecido en la cláusula 4.7.2 del PCAP y en el anexo I del PPT, pues a la hora de elaborar su oferta ha incurrido en desviaciones respecto a

los límites establecidos en la licitación, lo que ha supuesto poder realizar una oferta económica más baja pero sin respetar dichos límites.

La cláusula 4.7.2 del PCAP "Condiciones especiales de ejecución" dispone que: "En cada lote el coste efectivo de la campaña que el contratista destine al pago de los anuncios y cuñas insertados en los distintos medios de comunicación deberá respetar los porcentajes que, para cada uno de los medios y en atención a su audiencia y difusión reconocido a través de los sistemas de medición admitidos por la Comunidad de Castilla y León, aparecen recogidos en el cuadro siguiente, conforme a los datos de audiencia y difusión facilitados por la Dirección de Comunicación.

»Medio de comunicación	Porcentaje de gasto según audiencia
»Prensa escrita	% sobre total
»El Norte de Castilla	12,28%
»El Mundo de Castilla y León	10,82%
»La Gaceta de Salamanca	7,32%
»Diario de León	7,08%
»Diario de Burgos	6,28%
»La Razón Castilla y León	4,63%
»El Norte de Castilla	12,28%
»El Mundo de Castilla y León	10,82%
»La Gaceta de Salamanca	7,32%
»Diario de León	7,08%
»Diario de Burgos	6,28%
»La Razón Castilla y León	4,63%
»ABC Castilla y León	3,35%
»La Opinión Correo de Zamora	3,13%
»Diario Palentino	2,21%
»El Adelantado de Segovia	1,92%
»La Nueva Crónica de León	1,56%
»Diario Soria El Herald	1,50%
»Diario de Ávila	1,21%
»El Correo de Burgos	1,04%
»El Economista	3,16%
»Gente	7,64%
»Castilla y León Económica	1,44%
»RADIO	% sobre total

»Ser	8,46%
»Cope	8,54%
»Onda Cero	4,45%
»CYL Es Radio	2,00%

»Las cantidades destinadas a cada medio, a efectos del cálculo del porcentaje recogido en el cuadro anterior, incluirá el Impuesto sobre el Valor Añadido y se admitirá una desviación de +/- 5%, de tal forma que, a modo de ejemplo el porcentaje del 7,64% podrá oscilar entre 8,02% y 7,26%.

»Esta condición especial de ejecución se declara como obligación esencial”.

En el Anexo I del PPT, mínimo de actuaciones de difusión de la campaña comunicación a realizar tanto para el lote 1 como para el lote 2 se dispone que: “Siempre que los medios escritos tengan sección de información local o de información regional, las inserciones deberán realizarse en ellas.

»Las cuñas en los medios radiofónicos deberán insertarse en espacios informativos de cobertura autonómica”.

En el citado anexo se establecen unos porcentajes de inserciones en los diferentes medios de comunicación señalados para la empresa escrita y radio.

La recurrente considera que a pesar de estar establecidos estos límites en una condición especial de ejecución su definición es clara en el PCAP y en el PPT y deben ser tenidos en cuenta, tanto por los licitadores, en el momento de la elaboración de sus ofertas, como por la Mesa de contratación y el órgano de contratación, en el momento de su admisión, valoración y adjudicación, pues lo contrario supondría una aplicación arbitraria y distante del pretendido objetivo del pliego sobre la limitación de importes por cada medio de comunicación, dando validez a una oferta de imposible cumplimiento en los términos establecidos en la licitación ya que las facturas justificativas de la ejecución conforme a pliegos en ningún caso podrán variar tan ostensiblemente de los importes ofertados por los licitadores por cada uno de los medios, por lo que diferir la comprobación de estos extremos, patentes en la licitación, al momento de ejecución y facturación del contrato supondría adjudicar el contrato, a sabiendas, a una oferta de imposible cumplimiento

conforme a las exigencias de los pliegos, lo que derivaría serias responsabilidades y perjuicios indemnizables a terceros.

La cláusula 1.2 del PCAP recoge el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio del contrato. Para el cálculo del precio de la licitación establece que en ambos lotes los costes directos de la prestación se forman por el precio de la tarifa de los diferentes medios de comunicación escrita por la inserción de anuncios publicitarios y se cuantifican aproximadamente en un 90% del importe global del contrato. El resto de los costes se califican como indirectos.

Lote 1:

- Costes directos: 111.570,26 euros.
- Costes indirectos: 12.396,68 euros.

Lote 2:

- Costes directos: 111.570,26 euros.
- Costes indirectos: 12.396,68 euros.

Asimismo se indica que para cada uno de los lotes los criterios para establecer los costes han sido las informaciones disponibles sobre los precios de mercado de las inserciones publicitarias.

La cláusula 2.2 dispone que los criterios de adjudicación son los señalados en el apartado 11 del cuadro de características del PCAP, en las condiciones determinadas en el anexo C con la ponderación atribuida a cada uno de ellos.

Dentro de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas se recoge para ambos lotes: Proposición económica, valoración según anexo C, tipo de criterio precio; Puntuación máxima 20 puntos.

Mejoras recogidas en el plan de difusión respecto de las actuaciones mínimas; Valoración según anexo C; Tipo de criterio calidad; Puntuación máxima 80 puntos.

En el anexo C se establece la valoración de las mejoras recogidas en el plan de difusión respecto de las actuaciones mínimas:

“Se valorarán las mejoras que se oferten respecto a las actuaciones mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas, de acuerdo con las siguientes reglas:

»• Las inserciones propuestas como mejoras deberán realizarse conforme a las indicaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas.

»• Deberá indicarse inequívocamente en qué medios de comunicación se ofertan mejoras y para ello deberá emplearse el modelo contenido en el Anexo D de este Pliego.

»• Por cada inserción adicional realizada en prensa escrita y/o radio se asignará la puntuación proporcional al % de audiencia/difusión que tenga ese medio, según el cuadro reflejado en este Pliego.

»• No es necesario ofertar mejoras en todos los medios de comunicación.

»Al licitador que obtenga una valoración mayor de sus mejoras se le asignará la totalidad de los puntos de este criterio; al que no haya ofertado mejora alguna valorable se le asignarán cero puntos, y al resto interpolación lineal”.

El anexo II del PPT recoge las mejoras al plan mínimo para los diferentes medios de comunicación en las que se especifica que se indique el número de inserciones adicionales que se desea ofertar en los días de este cuadro.

Del análisis de estas cláusulas se pone de manifiesto, tal y como señala el informe del órgano de contratación, que los pliegos que rigen la contratación en ningún momento recogen unos determinados precios por inserción ni tampoco la obligación de que en la fase de licitación las ofertas hagan mención a los importes que se van a destinar a cada medio.

Es en la fase de ejecución, de acuerdo con la cláusula 4.3 del PCAP, “abonos al contratista”, en la que se exige a la empresa que haya resultado

adjudicataria la presentación de una memoria donde se deberá incluir "el detalle económico de los trabajos realizados en la campaña donde se desglose, por un lado, el importe correspondiente a los trabajos realizados por la propia empresa y, por otro, el importe que se abone a cada medio de comunicación por la inserción de los anuncios en prensa".

Por lo tanto, el coste efectivo de la campaña que debe respetar los porcentajes señalados en el PCAP se integra en la fase de ejecución del contrato, por lo que es preciso que se formalice este para verificar si existe un incumplimiento, sin que ello afecte a la adjudicación del contrato. Así pues, aquellos requisitos que afectan de forma exclusiva a la ejecución del contrato sólo pueden ser exigidos al adjudicatario y en tal momento y no antes.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la empresa recurrente manifiesta que para realizar sus cálculos ha partido de los precios de mercado que los distintos medios ofrecen a todos los operadores del sector cuando se trata de campañas del Plan de Medios de la Junta de Castilla y León y que son idénticos para todas las empresas.

No obstante la empresa recurrente no ha justificado que los precios ofrecidos por los operadores sean idénticos para todas las empresas que participan en este tipo de licitaciones. De acuerdo con lo señalado en el informe del órgano de contratación "los 'ejemplos' que adjunta la recurrente parecen indicar lo contrario. Así, en las tarifas que le envió a la empresa recurrente el medio ABC se indica que sobre ellas 'se aplica un 25 % de descuento', de donde parece deducirse que podría no existir ese descuento o existir otro, o El Norte de Castilla habla de que 'Podéis utilizar las condiciones habituales para la Junta', de donde se concluye que pueden existir otras condiciones distintas de las 'habituales'. En otros documentos aportados por otros medios simplemente figura el precio que estos ofertaron a la recurrente, sin absolutamente nada que permita sostener la afirmación de ésta de que esos mismos precios, sin variación alguna, tienen que ser necesariamente los que los medios han ofertado al resto de empresas licitadoras".

Asimismo en el propio escrito del recurso señala la posibilidad de negociación con los medios, por lo que el precio no es inmutable.

De acuerdo con ello, un eventual incumplimiento en fase de ejecución dará lugar a las consecuencias previstas en los pliegos sin que su enjuiciamiento (si llegare a producirse) sea competencia de este Tribunal.

Por último, cabe señalar que en el presente caso la empresa recurrente, con la presentación de su oferta ha aceptado pura y simplemente, sin condición ni reserva alguna, lo establecido en los pliegos, que se configuran como ley del contrato y vinculan por igual tanto a los licitadores como al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de la LCSP.

Por todo lo expuesto se debe desestimar el recurso.

En su virtud, al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Entorno de Publicidad, S.L.U. contra la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 13 de octubre de 2020, por la que se adjudican los lotes 1 y 2 del contrato del servicio para el diseño y divulgación de dos campañas de publicidad institucional de la Consejería de Economía y Hacienda, expediente nº A2020/007449.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de licitación del contrato.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León
(artículo 10.1.k LJCA).