

Recurso 348/2020

Resolución 91/2021

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

Sevilla, 18 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IRISMEDIA, AGENCIA DE MEDIOS, S.L.** contra el acuerdo del órgano de contratación, de 1 de octubre de 2020, por el que se adjudica el contrato denominado “Campaña 360 de reactivación del destino turístico Costa del Sol” (Expte. SLU-2020-PRO-PAO-0001), promovido por la Gerencia de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U., entidad adscrita a la Diputación Provincial de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de mayo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 1.657.851,24 euros, de acuerdo con el anuncio de licitación, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente, según consta en la documentación contenida en el expediente de contratación remitido a este Tribunal.



SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el 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 y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 1 de octubre de 2020, se publica en el perfil de contratante la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento a favor de la entidad T20ADMEDIA SERVICES, S.L., por ser la *“Oferta mejor valorada según los criterios establecidos en los pliegos y en aplicación de los criterios de desempate de ofertas.”*

CUARTO. Con fecha 23 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad IRISMEDIA, AGENCIA DE MEDIOS, S.L. (en adelante, IRISMEDIA) contra la referida resolución de adjudicación, de fecha 1 de octubre de 2020.

QUINTO. Con fecha 26 de octubre de 2020, la Secretaría de este Tribunal da traslado del escrito de interposición del recurso al órgano de contratación y le requiere para que aporte el expediente de contratación, el informe al recurso y el listado de licitadores. La documentación solicitada tiene entrada en este Tribunal con fecha 28 de octubre de 2020.

SEXTO. Previa solicitud por parte del órgano de contratación, este Tribunal por Resolución de 3 de diciembre de 2020 acuerda el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO. Con fecha 28 de diciembre de 2020, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso al resto de empresas licitadoras, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndose recibido en el plazo referido las presentadas por la entidad T20 ADMEDIA SERVICES, S.L. (en adelante, ADMEDIA), actual adjudicataria.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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.

En concreto, el acto impugnado corresponde a un contrato promovido por la Gerencia de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U., entidad dependiente de la Diputación Provincial de Málaga, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial del convenio a tales efectos formalizado el 11 de julio de 2012, entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y dicha Diputación Provincial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Ostenta 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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

Pues bien, nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado de 1.657.851,24 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es el acuerdo de adjudicación, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”.

Por su parte, la disposición adicional decimoquinta, referida a las normas relativas a los medios de comunicación, dispone en su punto primero:

“1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica”.

En el supuesto analizado, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y notificada a la recurrente con fecha 1 de octubre de 2020. Por tanto, se ha interpuesto en plazo el recurso presentado el 23 de octubre de 2020, a través del registro electrónico de este Tribunal.

A mayor abundamiento, procede indicar que sustantivamente la recurrente ataca la decisión de admisión adoptada por la mesa con respecto a las proposiciones que han ofertado un precio de cero euros, entre ellas la adjudicataria. Al respecto, el órgano de contratación sostiene en su informe que el recurso es extemporáneo ya que sustantivamente la recurrente ataca la decisión de admisión adoptada por la mesa con respecto a las proposiciones que han ofertado un precio de cero euros, entre ellas la adjudicataria y debió impugnarse dicha decisión en su momento y al no haberlo hecho ésta deviene firme, por lo que no es posible ir contra ella en un momento posterior a través del acuerdo de adjudicación. En relación con ello, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, valga por todas su resolución 132/2019, de 26 de abril, en la que concluye lo siguiente:



“Lo anterior aboca necesariamente a que, en supuestos como el examinado, el único recurso posible sea el que se interponga contra la adjudicación, aun cuando el motivo en que aquel se funde sea el de indebida admisión de la oferta adjudicataria. De hecho, hasta la incorporación en la nueva LCSP de este acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, la única opción posible era impugnar formalmente la adjudicación para alegar la indebida admisión del licitador seleccionado, y la nueva ley no impide que siga haciéndose así, pues, salvo que la admisión se notifique fehacientemente a los licitadores potencialmente recurrentes antes de concluir el procedimiento -posibilidad remota teniendo en cuenta que ni siquiera es frecuente que se notifique la exclusión de licitadores u ofertas antes de la notificación de la adjudicación-, seguirá siendo posible impugnar con ocasión del recurso contra la adjudicación el acto de admisión del licitador adjudicatario o de su oferta, al igual que sucede con el acto de exclusión de licitadores o de ofertas.”

En consecuencia procede desestimar esta alegación del órgano de contratación.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Con fecha 11 de agosto de 2020 se reúne la mesa de contratación con el siguiente orden del día:

- “1.- Justificación de Oferta Anormalmente Baja: SLU-2020-PRO-PA0-0001 - Campaña 360 de reactivación del destino turístico Costa del Sol.*
- 2.- Valoración criterios evaluables automáticamente: SLU-2020-PRO-PA0-0001 - Campaña 360 de reactivación del destino turístico Costa del Sol*
- 3.- Propuesta adjudicación: SLU-2020-PRO-PA0-0001 - Campaña 360 de reactivación del destino turístico Costa del Sol”.*

En cuanto a la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios evaluables automáticamente, se recoge en el acta de dicha sesión lo siguiente:

“Una vez aplicados los criterios del PCAP de la siguiente manera, teniendo en cuenta lo establecido por la Junta Consultiva de Contratación en distintos informes:

CIF: B80518822 Avante Comunicación S.L.:

- OFERTA ECONÓMICA Valor introducido por el licitador: 0 Valor aportado por la mesa: 0,001

Puntuación: 51.0



DF: B79322533 Blue 449 Agencia de Medios, SLU:

- OFERTA ECONÓMICA Valor introducido por el licitador: 4132,23 Valor aportado por la mesa: 4132,23

Puntuación: 0.0

CIF: 1384584705 IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L.:

- OFERTA ECONÓMICA Valor introducido por el licitador: 3939,67 Valor aportado por la mesa: 3939,67

Puntuación: 0.0

CIF: B83859850 T20 Admedia Services s.l.:

- OFERTA ECONÓMICA Valor introducido por el licitador: 0 Valor aportado por la mesa: 0,001

Puntuación: 51.0” .

De acuerdo a la evaluación de las ofertas presentadas por la licitadoras, la mesa establece la siguiente clasificación, en orden decreciente, en atención a las puntuaciones obtenidas:

“Orden: 1 CIF: B83859850 T20 Admedia Services s.l.

Total criterios CJV: 40.0

Total criterios CAF: 51.0

Total puntuación: 91.0

Orden: 2 CIF: B80518822 Avante Comunicación S.L.

Total criterios CJV: 40.0

Total criterios CAF: 51.0

Total puntuación: 91.0

Orden: 3 CIF: B84584705 EKISMEDIA [IRISMEDIA] AGENCIA DE MEDIOS S.L.

Total criterios CJV: 38.0

Total criterios CAF: 0.0

Total puntuación: 38.0

Orden: 4 Cr: B79322533 Blue 449 Agencia de Medios, SLU

Total criterios CJV: 34.0

Total criterios CAP': 0.0

Total puntuación: 34.0”.

A la vista de los resultados se produce un empate entre las licitadoras ADMEDIA y AVANTE COMUNICACIÓN, S.L. que, de acuerdo con lo establecido en los pliegos y previo requerimiento de la documentación pertinente, se resolverá a favor de ADMEDIA.



Posteriormente, con fecha 1 de octubre de 2020, el órgano de contratación acuerda la adjudicación del contrato en los siguientes términos:

“PRIMERO: Adjudicar la CONTRATACIÓN DE LA CAMPAÑA 360 DE REACTIVACIÓN DEL DESTINO TURÍSTICO COSTA DEL SOL a:

T20 Admedia Services, S.L. con C.I.F. B83859850 y con un presupuesto de adjudicación de CERO EUROS; por ser la oferta más ventajosa de conformidad con los criterios establecidos en los pliegos de condiciones particulares y en concreto se considera adecuada la experiencia sobre el particular requerido y ofertada por la empresa ofertante.”.

Disconforme con el citado acuerdo de adjudicación, IRISMEDIA presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito:

“(…) se dicte resolución anulando la adjudicación impugnada, decretando la exclusión de los licitantes T20 Admedia Services, S.L. y Avante Comunicación, S.L. , y la retroacción al procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas, produciéndose una nueva de la que deberá resultar adjudicataria IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS, S.L., en cuanto que es la oferta válida con mayor puntuación técnica y que, a consecuencia, de la exclusión, obtendría también la mayor puntuación por la oferta económica.”.

En síntesis, la recurrente centra su argumentación en que la adjudicataria T20 Admedia Services S.L. y la licitadora Avante Comunicación, S.L. han realizado una oferta a precio “0” del servicio, que al margen de constituir una oferta temeraria, oculta los costes del servicio y no se ajusta a los pliegos, por lo que deberían haber sido excluidas. Prueba de ello es que la mesa de contratación tuvo que alterar el valor económico de la ofertas para que la fórmula de valoración de las mismas prevista en los pliegos se pudiera aplicar lo que no es admisible.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, en fecha 28 de octubre de 2020, en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

Por último, la entidad adjudicataria, ADMEDIA, se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos, y solicita a este Tribunal la desestimación del recurso.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.



La recurrente argumenta lo siguiente:

“La adjudicataria T20 Admedia Services S.L. y la licitante Avante Comunicación, S.L. han realizado una oferta a precio 0 del servicio, que al margen de constituir una oferta temeraria, oculta los costes del servicio y no se ajusta a los pliegos, al defraudar la progresividad y proporcionalidad que pretende la fórmula de valoración económica, con el ánimo de apropiarse de la totalidad de la puntuación a la vez que impide que el resto de los licitantes obtengan cualquier punto en ese apartado.

(...)

Precisamente por ello, la mesa de contratación realiza una alteración del valor económico, convirtiéndola, con la leyenda “valor aportado por la mesa”, en 0,001 €, lo que no es admisible porque el órgano de contratación no puede alterar las ofertas de los licitantes para que la fórmula funcione. Son los licitantes los que deben realizar ofertas aptas para la fórmula.

Tal y como establece la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 386/2019 no es posible la presentación de ofertas a precio 0 o simbólico cuando se produce en fraude de ley o con el fin de tergiversar la aplicación de las fórmulas de valoración de las ofertas.

(...)

Pues bien, en el presente caso, los licitantes T20 Admedia Services, S.L. y Avante Comunicación, S.L., han realizado una oferta cero que, tratándose de un lote unitario (como se aprecia del apartado 6 del Anexo II referente a las condiciones particulares), no puede sino considerarse temeraria, pues no pueden ni siquiera repercutir o compensar la oferta cero realizada en el servicio con el coste o precio de otro servicio realizado bajo el contrato.

Pero es que, además, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución 386/2019 citada, T20 Admedia Services, S.L. y Avante Comunicación, S.L., han realizado sus ofertas de forma fraudulenta, para apropiarse de todos los puntos, a la vez que rompen la valoración proporcional que pretende la fórmula, con el conocimiento de que tal oferta provocará que sea cual sea la oferta de los restantes licitadores que su valoración se reduzca a cero.

(...)

Como conclusión las ofertas a precio 0 de los licitantes T20 Admedia Services, S.L. y Avante Comunicación, S.L. deberían quedar excluidas (...).”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

“Es decir, lo que se deduce del mismo y lo que finalmente realiza la mesa de contratación en la adjudicación, como a continuación expondremos es, sin más, la aplicación de dicha fórmula a las ofertas presentadas, otorgando la



máxima puntuación a las licitadoras que ofertaron el menor precio, esto es 51 puntos a las empresas Avante Comunicación S.L. y T20 Admedia Services S.L. y, la menor puntuación, a aquellas empresas que presentaron las ofertas económicas más altas, esto es 0 puntos a Blue 449 Agencia de Medios S.L.U. y a la recurrente IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L.

(...)

Tras la apertura de las ofertas presentadas por las licitadoras admitidas (un total de 16) nos encontramos con el hecho de que 7 de dichas empresas habían presentado su oferta por 0 €, 3 empresas a 0,01...únicamente 4 de ellas, entre la que se encuentra la recurrente, habían presentado ofertas superiores a 3.000 €.

(...)

Seguidamente, como así puede observarse en el acta que consta en el expediente remitido, se acuerda por unanimidad de los miembros de la mesa admitir las ofertas de 0 euros, así como la petición de justificación de sus ofertas a dichas empresas.

(...)

En la misma, tras la emisión de informe por el responsable técnico en relación con la justificación de las ofertas anormalmente bajas, se acuerda “admitir como válidas las ofertas presentadas por:

- Avante Comunicación S.L.
- Blue 449 Agencia de Medios S.L.U.
- Irismedia, Agencia de Medios S.L.
- T20 Admedia Services S.L.”

El resto de empresas resultaron excluidas por no resultar suficiente la justificación ofrecida por las mismas.

Seguidamente, atendiendo a los importes ofertados por las empresas finalmente admitidas, se procede a la valoración de los criterios evaluables económicamente, obteniendo el siguiente resultado:

(...)

No obstante lo anterior, en tanto se produjo un empate entre las empresas Avante Comunicación S.L. y T20 Admedia Services s.l. se requirió a las mismas para que, en virtud de lo establecido en el art. 147.2 de la LCSP se aportara documentación para su desempate.

(...)

Finalmente, tras aportar la mercantil T20 Admedia Services S.L. la documentación que le fue requerida *y ser esta*, se resuelve adjudicar a la misma la contratación objeto del presente cuyo anuncio se publicó en la plataforma de contratación del Estado en fecha 01 de octubre de 2020, actualmente recurrido.

Sentado lo anterior, lo que queda claro en el presente caso es que, durante la tramitación del procedimiento de contratación se ha respetado en todo momento tanto lo dispuesto en la LCSP como lo expresamente señalado en los pliegos de aplicación.



(...)

Como puede comprobarse en dicho informe, la propia recurrente IRISMEDIA estima sus ingresos sobre el contrato en un beneficio de unos tres mil euros aproximadamente, dado que sus gastos para la realización del servicio resultan superiores a dicho importe. Su margen de beneficio parte de otro tipo de acuerdos que versan sobre el importe fijo del contrato de inversión publicitaria, tal y como consta en el informe del técnico en relación con la oferta de IRISMEDIA "Esta situación, y dado el volumen de inversión para el proyecto, les permite estimar unos ingresos por extraprimas de 92.054,15 euros". Así AVANTE y T20 presentan justificaciones similares basadas en acuerdos comerciales con proveedores y medios de comunicación.

Y es que, del hecho de que más de la mitad de las empresas licitadoras ofertaran por debajo del euro se evidencia que nos encontramos ante una práctica habitual en estos contratos, ampliamente aceptado por la jurisprudencia y doctrina aplicables, de que las ofertas con precio cero sean admisibles y no por ello determinen la falta de onerosidad del contrato, si la retribución del contratista se compensa con cargo al precio general del contrato, es decir, lo que aquí ocurre.

(...)

En nuestro caso el PCAP ESTABLECE UN PRECIO MÁXIMO de 30.000 € PERO NO UN MÍNIMO. Es decir, resulta palmario el hecho de que en ningún momento prohíbe la presentación de ofertas a precio 0 €.

Alega la recurrente como base de su argumentación la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 386/2019 obviando no solo el hecho de que en la misma se resuelve un caso distinto al aquí expuesto, sino la existencia de numerosas resoluciones en las que se admiten tanto la presentación de ofertas a precio 0, como la posibilidad de que la mesa equipare las mismas a ofertas de 0,01 euros o equivalentes, para la aplicación de la fórmula y su valoración (Resoluciones 482/2016 y 686/2015 del TACRC), lo que analizaremos en el siguiente punto.

(...)

Al hilo de lo anterior, y con toda la casuística que supone, cabe destacar que la jurisprudencia y la doctrina han sido proclives a considerar la oferta cero como admisible cuando, como aquí ocurre, el precio cero hace referencia a un determinado componente de una prestación, cuyo coste se puede retribuir con cargo al precio general de la misma, es decir, a otro componente del mismo servicio o prestación, debiendo remitirnos nuevamente al informe técnico adjunto como documento número dos.

Si se analizan resoluciones como la Resolución núm. 1187/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del Estado, llegamos a la conclusión de que se ratifica en la postura mantenida por la mesa de contratación de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U., dado que en dicha resolución se admite que el licitador oferte prestar a cero euros alguno de los servicios incluidos en el contrato (...).



En el mismo sentido se pronuncia el TACRC en Resolución n° 407/2020 Recurso n° 110/2020 de 19 de marzo de 2020 (...).

En nuestro caso, de la valoración dada por la mesa de contratación se observa que se respeta el criterio de adjudicación de que la oferta económica más baja se valore con el máximo de puntos y las demás de forma proporcional.

(...)

No obstante lo anterior, quisiera esta parte remitirse a la reciente resolución de este Tribunal N° Resolución 297/2020, N° Recurso 24/2020 de 08 de septiembre de 2020, en la que, tras analizar un supuesto de idénticas características (ofertas presentadas a cero euros y sustitución por la mesa de contratación de ciertos valores para acomodarlos a la fórmula) entendemos que permite y avala la postura mantenida por la mesa de contratación de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U., dado que si bien en dicha resolución este tribunal no comparte la aportación de un valor por la mesa para evitar el valor nulo en el cálculo de la puntuación del resto de entidades licitadoras, sí que se pronuncia en el siguiente sentido:

(...)

Es decir, aunque en dicho procedimiento la mesa de contratación, al igual que en nuestro caso, aplicó valores aportados por la misma (0,001...), este tribunal, con buen criterio, ha venido a establecer que, sea como fuere, de las ofertas presentadas y de la fórmula que consta en los pliegos (firmes y consentidos) se infiere, sin ninguna duda que la oferta más económica obtendrá la mayor puntuación (51 puntos en nuestro caso) y las ofertas más elevadas obtendrán 0 puntos. En definitiva, la puntuación dada por la mesa de contratación a las ofertas presentadas tras la valoración de las mismas se ha hecho de conformidad con lo establecido en el PCAP. “

Finalmente, concluye el órgano de contratación afirmando que:

- “1. Consta en el PCAP los criterios que van a regir la presente contratación. Siendo que, en tanto no han sido impugnados, devienen firmes y consentidos y, por ende, “ley del contrato”.*
- 2. La presentación de ofertas a precio 0 es una práctica habitual en estos contratos, válida y consentida por la jurisprudencia y la doctrina y, además, utilizada por la recurrente en otros procedimientos.*
- 3. La valoración dada por la mesa de contratación respeta el criterio de adjudicación, esto es, que la oferta económica más baja se valore con el máximo de puntos y las demás de forma proporcional. Lo que resulta manifiesto sin necesidad de aplicar fórmula alguna.*
- 4. No se acredita, pues no puede probarse lo que no existe, que por parte de este órgano de contratación se haya infringido el procedimiento legalmente establecido ni, en modo alguno, vulnerado los derechos e intereses de los licitadores. Lo que sí se acredita es la temeridad y mala fe con la que actúa la recurrente.*



5. El recurso interpuesto resulta, a todas luces, extemporáneo, y es que, la recurrente conocía desde el pasado 01 de julio la admisión de ofertas a 0 € y, además, desde el 29 de septiembre la admisión de las mismas. Actos todos ellos susceptibles de recurso especial en virtud de cuanto hemos expuesto.”

A su vez, la adjudicataria en su escrito de alegaciones se apoya en la Resolución número 1249/2020, de 20 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) para sostener que el PCAP no impide la presentación de ofertas a precio “0” y para defender que su oferta no incurre en fraude de ley -como sostiene la recurrente-. Y afirma lo siguiente: *”Como CONCLUSIÓN a todo lo expuesto, solo y únicamente con el acuerdo global con un grupo identificado expresamente en la documentación, ya le resultaría a mi representada rentable la colaboración con Costa del Sol.*

Los otros acuerdos adicionales referenciados más la subvención pública obtenida por la agencia hacen que podamos presentar esta oferta en los términos ya conocidos. De ahí que consideremos que la oferta presentada no es anormalmente baja puesto que disponemos de todos los elementos técnicos, humanos y de rentabilidad necesarios para llevar a cabo el proyecto de Turismo de Costa del Sol.”.

Según lo expuesto, la mesa de contratación, tras la apertura de las propuestas económicas en acto público, observa que varias de ellas realizan una oferta de “0” euros o similar (0,00...). A continuación, habiendo adoptado la decisión de admitirlas por considerar que es lo procedente de acuerdo con lo establecido en el PCAP y de acuerdo con la doctrina de diversos tribunales contractuales, solicita a todas las licitadoras incursas en baja anormal la justificación de sus ofertas quedando, definitivamente, en el proceso de licitación un total de cuatro empresas de las cuales dos han realizado una oferta de cero euros. Posteriormente, considerando imposible la evaluación de los criterios de adjudicación valorables automáticamente mediante cifras o porcentajes, por el efecto que provoca en las operaciones aritméticas el valor cero, la mesa adopta la decisión de modificar ese valor -propuesto por las licitadoras- y sustituirlo por el valor 0,001 que sí le permite aplicar a todas las ofertas la fórmula prevista en el PCAP.

En este momento, es pertinente analizar el contenido del PCAP, que en su anexo I, referido al objeto y características del contrato, punto 2, dispone:

“El objeto de esta contratación consiste en la realización de una campaña de publicidad en medios online y offline.”.

En cuanto al apartado 13 relativo al valor estimado dispone el PCAP:



“13.-Valor Estimado: 1.652.892,56 €

Método de cálculo aplicado para el valor estimado: El método de cálculo aplicado por el órgano de contratación para calcular el valor estimado es el referido a los precios orientativos del mercado.

Sujeto a regulación armonizada Si

*Presupuesto base de licitación (IVA excluido) 826.446,28€**

**Desglose*

-Oferta Económica Máxima: 24.793,38€

-Inversión Publicitaria Obligatoria: 801.652,89€

Tipo IVA 21 %

*Presupuesto base licitación (IVA Incluido) 1.000.000€**

**Desglose*

-Oferta Económica Máxima: 30.000€

-Inversión Publicitaria Obligatoria: 970.000€’.

Asimismo, en su punto 20, en cuanto a los criterios de adjudicación, establece:

“ Se atiende a una pluralidad de criterios:

I. Criterios no valorables en cifras o porcentajes:

Propuesta Técnica (Oferta técnica): hasta 49 puntos.

Los criterios técnicos de valoración vendrán ponderados por la propuesta en sí, es decir, las iniciativas y acciones en cada canal, y teniendo en cuenta el alcance e impacto que debe especificarse en cada una de las actuaciones ofertadas, de acuerdo con las indicaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas.

II. Criterios valorables en cifras o porcentajes:

Precio (Oferta económica): hasta 51 puntos. Precio máximo 30.000 euros (IVA incluido).

Para la valoración de las ofertas presentadas se asignará la máxima puntuación a la oferta con menor precio, y al resto de ofertas se les asignaran las puntuaciones de forma proporcional, según la siguiente fórmula:

$Vli = (51 \times P1 \text{ min} / P1i)$

Siendo Vli la puntuación obtenida por el licitador i,

P1min el precio más bajo, P1i el precio de la oferta i.”.

Por su parte el pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT), en cuanto a la ejecución de la campaña, dispone:



“Los licitadores incluirán en la propuesta un plan general de ejecución de medios online y offline (el 60% de la inversión irá dedicada a medios online y el 40% a offline), de inversión por canal, alcance y objetivo a conseguir donde se contemplarán, al menos, los siguientes aspectos:

4.3.1. Ámbito online

- 1. Acciones en redes sociales.*
- 2. Acciones con influencers.*
- 3. Acciones de publicidad en redes sociales (Social Ads).*
- 4. Acciones de email marketing.*
- 5. Acciones en web y blog.*
- 6. Acciones de publicidad en OTA.*
- 7. Acciones de publicidad en redes sociales viajeras y metabuscadores turísticos.*
- 8. Acciones de colaboración en blogs y revistas.*

4.3.2. Ámbito offline

- 1. Acciones de publicidad en radio.*
- 2. Acciones de publicidad en programas de televisión.*
- 3. Acciones de publicidad en mupis, autobuses y vallas.*
- 4. Acciones de publicidad en oficinas de agencias de viaje a través de los grupos de gestión.*
- 5. Acciones de Street Marketing, con acciones que ayuden a conseguir los objetivos.”.*

Asimismo, en su punto 6, establece:

“Presupuesto máximo de la contratación: 1.000.000 €, IVA incluido. De los cuales 970.000€, iva incluido deben ser invertidos de forma obligatoria en los canales descritos en el punto 4 y 30.000€, iva incluido, como máximo será el fee de la empresa que gestione todo lo necesario para llevar a cabo el contrato.”.

Y en su punto 7, en cuanto a los criterios de valoración y puntuación, establece:

“OFERTA TÉCNICA: 49 puntos.

Se valorarán en la oferta técnica los siguientes aspectos:



Ante la incertidumbre de los próximos meses se solicita al licitador que presente en su oferta técnica su proposición de desarrollo de esta campaña en función de lo que, en su mejor saber y hacer, estime que van a ser las mejores acciones para cumplir con los objetivos marcados en este pliego (35 puntos, como máximo).

Se valorará también la calidad del plan de trabajo que se presente, así como las herramientas tecnológicas que pueda acreditar que posee en el momento de la presentación de la oferta, en concreto, su DMP y su plan de medición (14 puntos, como máximo).

OFERTA ECONÓMICA: 51 puntos.

Se puntuará con un máximo de 51 puntos a la oferta económica más baja presentada, siendo puntuadas las demás de forma proporcional según la fórmula descrita en el pliego administrativo.”.

Pues bien, el motivo central del recurso es que de conformidad con el PCAP no eran admisibles ofertas a 0 euros por cuanto hacían inviable la aplicación de la fórmula.

Al objeto de dar respuesta a este alegato ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), de que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día la referida fórmula de valoración establecida en el PCAP, necesariamente han de estar ahora al contenido de la misma.

En este sentido, ha de tenerse asimismo en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras -en este caso el contenido del criterio de adjudicación evaluable mediante la aplicación de cifras o porcentajes-, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya el PCAP un acto firme y consentido al no constar impugnación del mismo en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.



En el supuesto examinado la fórmula elegida para valorar el criterio de adjudicación evaluable de forma automática implica atribuir la máxima puntuación (51 puntos) a la propuesta económica más baja -en nuestro supuesto, las de valor cero euros-, puntuándose las demás ofertas de forma proporcional, según la fórmula matemática establecida en el criterio. Lo anterior supone que si alguna entidad licitadora oferta cero euros, como de hecho ha ocurrido, además de obtener la máxima puntuación en ese criterio, ello determina que a aquellas otras empresas que no hayan ofertado cero euros se le atribuyan cero puntos, como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de cero euros. No por ello dicha fórmula se convierte en inviable, únicamente conduce a puntuar con cero puntos todas aquellas proposiciones que no oferten cero euros.

En efecto, el hecho de que la valoración del criterio evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas dé lugar a que las proposiciones que no hayan ofertado cero euros se puntúen con cero puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad, pero que lo vincula, autolimitándolo en el ejercicio de su facultad de apreciación, impidiéndole apartarse de las condiciones que el mismo ha definido.

En este mismo sentido se pronunció este Tribunal ante un supuesto parecido en su Resolución 297/2020, de 8 de septiembre, en la que con cita de Resoluciones anteriores, dijimos:

“Sin embargo, no por ello la fórmula, tal como se recoge en el PCAP, se convierte en inviable cuando alguna entidad licitadora oferta cero euros, como pretende la recurrente, únicamente conduce a puntuar con cero puntos todas aquellas proposiciones que no oferten cero euros respecto a los costes de final de vida del equipo. En efecto, el hecho de que la valoración del criterio evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas «Costes de final de vida del equipo» dé lugar a que las proposiciones que no hayan ofertado cero euros se puntúen con cero puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad, pero que lo vincula, autolimitándolo en el ejercicio de su facultad de apreciación, impidiéndole apartarse de las condiciones que el mismo ha definido. En este mismo sentido, se pronunció este Tribunal ante un supuesto parecido, en la Resolución 250/2017, de 21 de noviembre, en el que al igual que en el presente caso, la aplicación de la fórmula establecida para la valoración de un criterio evaluable de forma automática, suponía que si alguna entidad licitadora ofertaba cero euros, determinaba que a aquellas otras empresas que



hubiesen ofertado otro importe se les 8 atribuyeran cero puntos. También, en la Resolución 262/2017, de 1 de diciembre, este Tribunal se manifestó en el mismo sentido, en ella fue objeto de análisis el criterio de adjudicación de aplicación automática «Mejora en la tarifa por exceso de kilometraje», que disponía que se valorará con 5 puntos a la oferta que tenga la tarifa cero euros al exceso de kilometraje (lo que exceda de los 30.000 km por vehículo) que se exigen en el pliego de prescripciones técnicas, las demás ofertas presentadas se puntuarán en orden decreciente de forma proporcional mediante regla de tres inversa.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en supuesto similares, se ha pronunciado en el mismo sentido, así en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, en la que disponía que *«El sistema elegido para valorar las ofertas económicas implica atribuir la máxima puntuación establecida para cada precio y/o comisión al que ofrezca el menor precio y/o la menor comisión (sin necesidad de aplicar la fórmula), atribuyéndose al resto de ofertas la puntuación -resultante de aplicar la fórmula- que proporcionalmente corresponda en relación con la máxima puntuación y precio y/o comisión mínima. Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate.»*.

También, el citado Tribunal en ese sentido, ha dispuesto en la Resolución 482/2016, de 17 de junio, que *«El hecho de que la valoración en el subapartado impugnado dé lugar a que las restantes ofertas se puntúen con prácticamente 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la modificación de la fórmula.»*.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en supuesto similares, se ha pronunciado en el mismo sentido; así en su Resolución 2/2012, de 5 de enero, en la que disponía que *«El sistema elegido para valorar las ofertas económicas implica atribuir la máxima puntuación establecida para cada precio y/o comisión al que ofrezca el menor precio y/o la menor comisión (sin necesidad de aplicar la fórmula),*



atribuyéndose al resto de ofertas la puntuación -resultante de aplicar la fórmula- que proporcionalmente corresponda en relación con la máxima puntuación y precio y/o comisión mínima. Es verdad que si un licitador ofrece cero para un determinado precio y/o comisión, aparte de obtener la máxima puntuación para ese concepto valorable, determinará para el resto de licitadores la atribución de cero puntos en relación con dicho concepto como consecuencia de la fórmula establecida para puntuar proporcionalmente todas las ofertas distintas de la menor; pero ello no convierte en inaplicable la fórmula, tal como pretende el órgano de contratación. Simplemente, conduce a puntuar (proporcionalmente) con cero puntos todas las ofertas que difieran de la que incorpora el valor cero con respecto al precio y/o comisión de que se trate.».

También, el citado Tribunal en ese sentido, ha dispuesto en la Resolución 482/2016, de 17 de junio, que *«El hecho de que la valoración en el subapartado impugnado dé lugar a que las restantes ofertas se puntúen con prácticamente 0 puntos, es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la modificación de la fórmula.».*

Por todo ello, este Tribunal considera que el PCAP no impedía, en los términos expuestos, la presentación de ofertas con valor de 0 euros, por lo que la adjudicataria no debió ser excluida como se sostiene en el recurso, al margen de que ello tuviera los efectos que sobre la aplicación de la fórmula denuncia la recurrente.

Todo ello sin perjuicio de que el proceder de la mesa modificando la proposición de la licitadora que oferta cero euros a la hora de aplicar la fórmula, supone un incumplimiento de lo dispuesto en el PCAP y, en particular, atenta contra los principios de seguridad jurídica, de no discriminación e igualdad de trato con respecto al resto de las licitadoras. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 146 de la LCSP, los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas permiten al órgano de contratación llegar a un resultado automático, mediante la aplicación de la misma fórmula a todas las ofertas presentadas, de tal suerte que no queda margen de discrecionalidad alguna ni posibilidad de adecuación de las ofertas para corregir resultados en la valoración de las proposiciones. No obstante, la valoración resultante habría sido la misma de no haber acudido la mesa a dicha ficción, es decir, 51 puntos para las ofertas de cero euros y prácticamente “0” puntos para las restantes.



En consecuencia, en base a la consideraciones expuestas, y dado que la estimación del presente motivo en nada afectaría a la clasificación de las ofertas, procede por economía procesal desestimar este alegato del recurso.

SÉPTIMO. Sostiene igualmente la recurrente que la ofertas de las entidades ADMEDIA y AVANTE COMUNICACIÓN, S.L. a precio “0”, al margen de incurrir en ofertas anormalmente bajas, ocultan los costes del servicio y no se ajustan a los pliegos.

A este respecto, la recurrente basa este alegato de su pretensión en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 386/2019, de 17 de abril. Sostiene que según esta resolución, que anula la adjudicación a favor de un licitador que traslada los costes de una de las prestaciones a otra con la finalidad de ofrecer los servicios accesorios a precio cero, el Tribunal considera que se trata de una estratagema para desvirtuar la aplicación de la fórmula de valoración, de manera que obtiene la totalidad de los puntos correspondientes a ese apartado. El Tribunal además de no admitir esa justificación de la viabilidad de la oferta, va más lejos y entiende que la oferta debe de ser rechazada por fraude de ley. Así, indica que *«lo que no puede hacerse es formular una oferta que no se alinea con lo que en los pliegos claramente se pide en su formulación, con la finalidad clara de impedir la aplicación progresiva para la que están concebidas las fórmulas diseñadas para los criterios cuantificables mediante su aplicación. No solo es que la oferta sea anormalmente baja, que lo es y cuya justificación no puede ser satisfactoria pues en sí misma se basa en la ocultación de costes o, más bien, en su imputación a la otra prestación por la que se ofrece otro precio, sino que claramente no se adecúa a lo que se pide en los pliegos para la oferta»*.

Todo ello le lleva a concluir que ambas ofertas debieron ser excluidas.

Pues bien cabe precisar que la citada resolución se refiere a un supuesto distinto al presente. En efecto, el PCAP de dicha licitación no establecía que por los servicios licitados se ofertara un precio único global por el conjunto de los servicios licitados, sino dos precios, uno por los servicios de limpieza y otro por lo que denomina servicios especiales (de mudanza y transporte de mobiliario). Además, no establecía un único criterio de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas, sino tres, referidos los dos primeros a cada precio a ofertar por servicios de limpieza y por servicios especiales, respectivamente, y otro tercero para valorar la oferta de bolsa de horas extraordinarias de limpieza.



En el presente caso, el PCAP, como hemos señalado anteriormente, establece la presentación de una única oferta y un único criterio de adjudicación de valoración automática, por lo que no son trasladables las consideraciones de aquella Resolución.

Este Tribunal, así como el resto de los órganos administrativos de revisión de decisiones en materia contractual, vienen aceptando que determinadas actuaciones a realizar en la ejecución del contrato pueden ser ofertadas a coste cero, sin gasto para la Administración, entre otras, aquellas que puedan implicar mayores prestaciones de las definidas en el objeto del contrato, las más accesorias dentro de las prestaciones exigidas, determinados costes y algún precio unitario, siempre y cuando su coste se contenga subsumido dentro de la oferta global o de los gastos generales o del beneficio industrial.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta, por otro lado, la configuración de los pliegos que rigen el contrato, que en lo que respecta al presupuesto base licitación (IVA Incluido) es de 1.000.000 euros, desglosado en dos elementos: la oferta económica máxima de 30.000 euros y la inversión publicitaria obligatoria por importe de 970.000 euros. Es en la inversión publicitaria obligatoria donde las licitadoras, incluida la recurrente, compensan la diferencia entre la oferta económica máxima prevista en el PCAP y su oferta, de manera que les reporta beneficios, a los que hacen referencia en la justificación de la viabilidad de sus ofertas, tal como se refleja en el informe técnico de 5 de agosto de 2020 (rappels o sobreprimas; descuentos; situación ventajosa con la que cuenta de cara a negociar precios, descuentos y condiciones favorables) que en el presente pliego no forman parte de la oferta que ha de presentarse.

En este sentido no es asumible la alegación de la recurrente de que mediante la oferta 0 se han ocultado los costes, ya que estos se han expuesto al justificar la viabilidad de la oferta, justificación contra la que el recurso no se dirige.

Por todo ello, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar este alegato y con ello el recurso.

Por último, el órgano de contratación solicita la imposición de multa. Sostiene que la recurrente, en virtud de lo que se ha expuesto y acreditado en el informe al recurso, actúa en contra de sus propios actos (puesto que en otros procedimientos de contratación sí que entiende conforme a derecho la oferta con precio cero) considerando que se dan todas condiciones para la imposición de una multa en su cuantía máxima,



atendiendo al perjuicio que la presentación del recurso causa al interés general, y la finalidad perseguida con la adjudicación del contrato que no es más que intentar paliar los devastadores efectos que la actual situación de crisis económica y sanitaria está teniendo sobre el turismo nacional y, concretamente en nuestro caso, en la costa del sol. Pues bien, en el presente caso ha de tenerse en cuenta que, de un lado, se acordó el levantamiento de la suspensión automática, y de otro, que uno de los alegatos del recurso, el relativo a la actuación de la mesa modificando la proposición de la licitadora que oferta cero euros, en principio habría de ser estimado, por lo que no procede la imposición de multa.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IRISMEDIA, AGENCIA DE MEDIOS, S.L.** contra el acuerdo del órgano de contratación, de 1 de octubre de 2020, por el que se adjudica el contrato denominado “Campaña 360 de reactivación del destino turístico Costa del Sol” (Expte. SLU-2020-PRO-PAO-0001), promovido por la Gerencia de Turismo y Planificación Costa del Sol, S.L.U., entidad adscrita a la Diputación Provincial de Málaga.

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.

TERCERO. Notificar 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.

