Recurso 448/2022
Resolución 577/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IKI MEDIA SOLUTIONS, S.L.,** contra el acuerdo del órgano de contratación de declaración de desierto, de 6 de octubre de 2022, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa digital, rrss, advanced tv y publicidad exterior en el marco de las campañas internacionales 2022, así como ejecución de los planes de medios para las acciones de comunicación de promoción turística y del deporte de Andalucía en el ámbito internacional de Reino Unido, Alemania, Francia, Portugal, Italia, Países Bajos, Dinamarca, Suecia y Noruega", (Expte. C101-06VS-0622-0055), respecto de lote 3, promovido por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A., ente instrumental adscrito a la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de julio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 2.892.562 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 6 de octubre de 2022, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que, entre otras cuestiones, se acuerda la exclusión de la oferta de la oferta de IKI MEDIA SOLUTIONS, S.L. respecto del lote 3 y se propone la declaración de desierto del contrato respecto del citado lote.

El mismo 6 de octubre de 2022, el órgano de contratación declara desierta la licitación respecto del lote 3 del citado contrato. Dicho acuerdo fue publicado en el perfil de contratante y notificado a la entidad ahora recurrente el 21 de octubre de 2022.

SEGUNDO. El 16 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil IKI MEDIA SOLUTIONS, S.L. (en adelante IKI o la recurrente) contra el acuerdo de exclusión de su oferta adoptada por la mesa de contratación en sesión, de 6 de octubre de

2022 y contra la declaración de desierto acordada por el órgano de contratación ese mismo día, respecto del lote 3. Asimismo, indica que impugna de forma indirecta los pliegos rectores de la presente licitación y solicita la apertura del trámite de prueba.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo 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 legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 3, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. 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 anuncio de licitación, FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), Programa Operativo Integrado de Andalucía 2014 – 2020 (Andalucía se mueve con Europa, tasa de cofinanciación 80%), 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*".

CUARTO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone desde una perspectiva formal contra la declaración de desierto del procedimiento de licitación, respecto del lote 3, realizada por parte del órgano de contratación, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. En este sentido, aun cuando el acto impugnado es la resolución declarando desierta la licitación, al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos

del recurso especial, a la adjudicación. En tal sentido se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 49/2018, de 23 de febrero y 35/2019, de 14 de febrero entre otras muchas) y el resto de Órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

En este sentido, aunque la recurrente indica que también impugna el acta de la sesión de la mesa de contratación de 6 de octubre de 2022, en el que se recoge el acuerdo de exclusión de su oferta -acto materialmente impugnado-, el citado acuerdo de exclusión no fue notificado a la entidad IKI, por lo que como indicamos se ha de atender a la notificación de la declaración de desierto del lote 3 de la que se desprende, aunque expresamente no se recoja, su exclusión del procedimiento.

QUINTO. Plazo de interposición.

El órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso al considerar que el mismo ha sido interpuesto fuera del plazo legal previsto para ello. En este sentido, argumenta que la resolución que declara desierto el contrato respecto del lote 3 fue notificada a la recurrente el 21 de octubre de 2022, por lo que el recurso interpuesto ante este Tribunal el 16 de noviembre se presentó fuera del plazo legal establecido en el artículo 50 de la LCSP de quince días hábiles.

Sobre esta cuestión la entidad recurrente manifiesta, al alegar la falta de motivación del acuerdo del órgano de contratación de declaración de desierto, que en el citado acto tampoco se indican los recursos que resultan procedentes contra el mismo, de igual forma que no se indicaban en el acuerdo de la mesa de contratación de exclusión de su oferta.

Consultado por este Tribunal el contenido del acto impugnado, que figura en el expediente administrativo remitido, se observa que en la resolución de declaración de desierto respecto del lote 3 únicamente se indica: *«Al ser el contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran los 15 días hábiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya comunicado la adjudicación a los licitadores o candidatos».* En la notificación del acto no se incluye información adicional.

Procede ahora analizar si la notificación fue ajustada a derecho. Como dijimos en nuestra Resolución 220/2017, de 26 de octubre: *"(…) en el supuesto examinado se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 19.5 del Reglamento, que establece que «Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...). Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.» Las referencias al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual «Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse*

y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.»"

Pues bien, en el presente supuesto, tanto la resolución del órgano de contratación, de 6 de octubre, como la notificación posterior el 21 de octubre 2022, contravienen el citado artículo 40.2 de la Ley 39/2015, toda vez que no se le indica si la misma pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que proceden en vía judicial, el carácter potestativo del recurso especial y el órgano ante el cual cabe presentarlo.

En la Resolución 220/2017, de 26 de octubre, al no haberse indicado a la recurrente que el órgano ante quien tenía que interponer el recurso era este Tribunal, consideramos como "*dies a quo*" en el cómputo del plazo el de presentación del mismo ante este Órgano. En este mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en otros supuestos posteriores similares al presente (v.g. Resolución 170/2019, de 23 de mayo) y el resto de Órganos de resolución del recurso especial en materia de contratación (Resoluciones 1167/2018 y 1177/2018, ambas de 17 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), por tanto, teniendo en cuenta que en el presente supuesto no se le indicaron a la entidad IKI las cuestiones mencionadas; el carácter potestativo del recurso especial en materia de contratación y el órgano competente para su resolución, la vía de impugnación judicial y que la resolución impugnada agota la vía administrativa, se ha de concluir que la notificación del acto debe considerarse defectuosa y que, por tanto, el recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP interpretado de acuerdo con la doctrina anteriormente analizada.

SEXTO. Actuaciones realizadas durante el procedimiento.

Con la finalidad de centrar el objeto del debate procede traer a colación las actuaciones realizadas durante el procedimiento de licitación.

Se debe comenzar indicando que en la cláusula 2.3. del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) se indica que los licitadores en el sobre A incluirán la documentación evaluable mediante fórmulas conforme al modelo establecido en el anexo IV del PCAP. Por otro lado, en el anexo II del PCAP se establecen los documentos que han de integrar cada sobre, respecto del sobre A se indica lo siguiente:

> *«- En el caso de Publicidad Exterior, se deberá aportar un documento firmado por el director comercial (o asimilado) de todos los soportes de Publicidad Exterior relacionados en el correspondiente Anexo IV, en el que se verifique la condición económica (coste neto/unidad ofertado, según corresponda) que el licitador presenta.*
> *Todos los documentos requeridos deberán estar firmados indicando nombre y categoría/cargo de la persona firmante con una fecha anterior a la fecha de fin de entrega de las proposiciones de esta licitación.*
> *La información que se refleje en el ANEXO IV debe venir expresada en euros, a efectos de poder aplicar las fórmulas matemáticas en igualdad de condiciones a todos los licitadores.*
> *En caso de contar con certificados de los medios en libras esterlinas, dicho certificado deberá venir acompañado de una declaración responsable de la empresa licitadora donde se indicará el tipo de cambio aplicado en el ANEXO IV.*
> *Por otro lado, la no presentación de estos documentos requeridos por parte de las empresas licitadoras supondrá su exclusión del procedimiento».*

En el anexo IV -proposición económica al lote 3- se incluye una tabla en el que se relacionan una serie de soportes y se incluye una celda para cada uno de ellos con el objeto de que el licitador rellene el coste unidad ofertada. Entre otros, y en lo que aquí interesa aparece el siguiente:

Soporte	**Coste neto/unidad ofertado (en euros y excluido IVA)**
Alemania	
Ströer	
Public Video	
Public Transport Media, Düsseldorf	
Full wrap bus, 1 bus, producción + 1 mes fijación	
Full wrap train, 1 train, producción + 1 mes fijación	
4m2 traffic board bus, 1 bus, producción + 1 mes fijación	

En el mismo anexo y a continuación de la tabla se hace la siguiente advertencia: *«la no inclusión en la oferta de uno o más de los Costes neto/unidad, a los que se hace referencia en este apartado, conllevará la exclusión de la empresa de la licitación del presente Lote».*

Como se ha indicado el 6 de octubre de 2022 tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que con relación a la oferta de la recurrente y respecto del lote 3 se indica *«no presenta certificados válidos en relación con los siguientes soportes: Public Transport Media, Düsseldorf, Full wrap bus, 1 bus, producción + 1 mes fijación, Full wrap train, 1 train, producción + 1 mes fijación, 4m2 traffic board bus, 1 bus, producción + 1 mes fijación».*

En la misma sesión la mesa de contratación detecta determinada incidencia por la que acuerda no tener en cuenta a efectos de la valoración de las ofertas determinado soporte, dicha actuación de la mesa se encuentra motivada en el acta de la siguiente forma: *«los siguientes soportes han de ser excluidos de la valoración ya que constan certificados del medio justificativo de que no comercializan espacios publicitarios».*

Finalmente, la mesa de contratación en la misma sesión propone entre otras cuestiones declarar desierto el citado lote 3 y así lo acuerda el órgano de contratación mediante resolución del mismo 6 de octubre de 2022.

SÉPTIMO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente impugna la exclusión de su oferta y la posterior declaración de desierto del procedimiento respecto del lote 3. Argumenta, que el incumplimiento que motivó la exclusión de su proposición debe considerarse nulo en tanto que deriva de un requisito del PCAP que resulta de imposible cumplimiento, por ello afirma que impugna de

forma indirecta los pliegos reguladores del procedimiento de licitación. En este sentido, considera que la mesa de contratación en lugar de excluir su oferta debió tener en consideración la oferta económica alternativa que presentó en lugar de lo solicitado en el PCAP al ser como se ha indicado de imposible realización.

Argumenta, que la mesa de contratación en lugar de tener en cuenta su oferta económica alternativa, al ser de imposible cumplimiento lo exigido en el PCAP, acuerda excluir su oferta lo que además resulta contradictorio con las decisiones tomadas por el órgano ante otra situación similar que ocurrió en el mismo procedimiento de contratación -anteriormente citado-, en el que esta decidió excluir de la valoración determinados *«soportes»* al constar, según la recurrente, certificados justificativos de que estos medios no comercializan los espacios publicitarios requeridos. A su juicio *«siguiendo el criterio adoptado para los soportes de "Global Media Group" de Reino Unido, la Mesa de Contratación también debería de haber excluido de la valoración los soportes asignados a Ströer de "Public Transport Media, Düsseldorf". No haberlo hecho refleja arbitrariedad en la actuación e implica un trato desigual y perjudicial para algunas empresas licitadoras, en este caso, IKI MEDIA».*

Finalmente, manifiesta que tanto la exclusión de su oferta adoptada por la mesa de contratación como la declaración de desierto del procedimiento respecto del lote 3 acordada por el órgano de contratación no se encuentran debidamente motivados, lo que le ha ocasionado indefensión dado que no tuvo conocimiento de los motivos por los que su oferta fue excluida hasta un momento posterior tras realizar determinadas consultas ante el órgano de contratación.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso argumentando que la recurrente cuestiona la configuración de los pliegos rectores de la licitación cuando los mismos se encuentran firmes y consentidos al no haber sido recurridos en el plazo concedido para ello. En este sentido argumenta que la oferta de la recurrente fue excluida dado que *«en los certificados incluidos en el sobre A de este lote por IKI MEDIA SOLUTIÓNS, S.L., en lugar de presentar certificados de STRÖER, presenta certificados de MOPLAK, que no es el proveedor de los emplazamientos pedidos. Certificados no válidos».*

Afirma que la otra entidad licitadora sí presentó en el sobre A de su oferta *«los referidos certificados válidos de Ströer en Public Transport Media, Düsseldorf, si bien esta empresa también fue excluida por otro motivo reflejado igualmente en el acta de 6 de octubre».*

Respecto de la alegación de la recurrente relativa a que la mesa de contratación no debió tener en cuenta los citados soportes *«Public Transport Media, Düsseldorf»* a prestar por STRÖER por su imposibilidad, al igual que hizo el citado órgano respecto de determinados soportes de GLOBAL MEDIA GROUP de los que le constaba en el momento de valoración de ofertas que no eran comercializados por la entidad, el órgano de contratación indica que *«la mesa de contratación no encontró motivos para excluir el soporte de la valoración, ya que no constan, entre la documentación de las ofertas presentadas, certificados del medio justificativos de que no comercializan espacios publicitarios».*

Por lo anterior el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso interpuesto.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede entrar a analizar el objeto de la controversia. Como anteriormente se ha indicado la recurrente plantea diversas cuestiones en su escrito de impugnación. El orden que se seguirá a la hora de analizar las alegaciones de la recurrente será el siguiente; (I) la impugnación indirecta de los pliegos (II) la alegada actuación contradictoria de la mesa de contratación, (III) la causa de exclusión junto con la proposición económica alternativa presentada al procedimiento de licitación, (IV) la manifestada falta de motivación de los actos recurridos, junto con la solicitud de la práctica de prueba.

I. Impugnación indirecta de los pliegos.

La recurrente manifiesta que en la configuración del PCAP y según su anexo II se exige respecto del contenido del sobre A que las ofertas incluyan el anexo IV cumplimentado con todos los soportes de publicidad y se advierte que la omisión de la presentación de la documentación requerida supondrá la exclusión del procedimiento. Sobre lo anterior, argumenta que en tanto que en dicho anexo IV -proposición económica- no se puede ofertar parte de los soportes de la entidad STRÖER dado que no presta los servicios exigidos, la mesa de contratación debió no tener en cuenta los mismos en la valoración de las proposiciones, en lugar de excluirla por ofertarlo con otra entidad ya que lo requerido era de imposible cumplimiento. La recurrente en su escrito de impugnación indica que realiza una impugnación indirecta de los pliegos por este motivo.

Al respecto, cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que establece la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: *«[…] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. […]».*

Por un lado, recordemos que la jurisprudencia europea admite esa impugnación de los pliegos si resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente, algo que en el presente supuesto no concurre, dado que desde el momento de la presentación de las ofertas la recurrente ya tenía el convencimiento de que los soportes solicitados controvertidos no era prestados por la entidad STRÖER, tanto es así, que como afirma IKI tras realizar las averiguaciones pertinentes decide contactar con la empresa que sí comercializa los servicios requeridos, MOPLAK, para completar así su oferta. A su escrito de recurso acompaña diversos correos de 7 de julio, dos días después de la publicación de los pliegos en el perfil de contratante, momento desde el que la recurrente conocía que presuntamente STRÖER no prestaba los servicios requeridos. Sin embargo, la recurrente en lugar de impugnar los pliegos dada la imposibilidad de ofertar alguno de los soportes exigidos en la forma requerida en el PCAP decidió correr el riesgo de incluir en su oferta los servicios solicitados prestados por una empresa diferente a la exigida, aun cuando en el propio PCAP se advertía en dos lugares diferentes -Anexo II y IV- que la cumplimentación incorrecta del anexo IV -en este caso la incorrección se puede circunscribir a la prestación del servicio por una empresa diferente a la solicitada- conllevaría a la exclusión de la oferta.

Sobre lo anterior y como anteriormente se ha enunciado, es abundante la doctrina que sobre la impugnación indirecta de los pliegos tiene ya consolidada este Tribunal (v.g. Resolución 65/2019, de 14 de marzo, entre otras muchas). Conforme a la misma, la regla general es 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 la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad que afecte a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente en la fase de valoración de las proposiciones- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

Este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En el supuesto que ahora nos ocupa la infracción puesta de manifiesto por la recurrente, la imposibilidad de ofertar determinados servicios en la forma establecida en el PCAP era conocida por ella desde un primer momento, por tanto si la entidad IKI consideró que la regulación dada por el pliego a este apartado era de contenido imposible, debió haber impugnado su contenido en el momento procedimental oportuno; pero concluido los plazos para ello y no habiendo hecho uso de tal posibilidad los pliegos se convierten en documentos firmes y definitivos que obligan a las partes.

Por lo anterior, procede la desestimación de la impugnación indirecta de los pliegos.

II. La alegación relativa a la actuación contradictoria de la mesa de contratación.

La recurrente considera que la mesa de contratación ha actuado de una manera contradictoria dado que como anteriormente se ha mencionado, respecto de determinados soportes de GLOBAL MEDIA GROUP la mesa acuerda su no aplicación o valoración ya que manifiesta -así se indica en el acta de la sesión celebrada el 6 de octubre- que le constan certificados del medio justificativo de que no se comercializan los espacios publicitarios requeridos. Sin embargo, afirma la recurrente, respecto de determinados soportes de STRÖER, de los que la entidad tampoco comercializa los espacios requeridos y de los que la recurrente presenta en su proposición la oferta económica relativa a los servicios prestados por la entidad MOPLAK, que es la que según argumenta sí los realiza, la mesa de contratación en lugar de decidir valorar su oferta o no tener en cuenta esos soportes, como hace con relación a los relativos a GLOBAL MEDIA GROUP, decide excluir su oferta.

Como se ha indicado, el órgano de contratación viene a manifestar en el informe al recurso que la otra entidad licitadora sí presenta los citados soportes prestados por STRÖER y que no le constaba a la mesa de contratación en el momento de la valoración de las ofertas certificado del medio justificativo de que no comercializase los espacios publicitarios solicitados, como en el caso de GLOBAL MEDIA GROUP.

Pues bien, respecto de la actuación de referencia -o primera actuación-, se debe comenzar indicado que la no aplicación por parte de la mesa de contratación en la valoración de las ofertas de ciertos soportes prestados por la entidad GLOBAL MEDIA GROUP debido a que la entidad recogida en el PCAP no los presta, es decir, por un error en la confección de los pliegos, no es correcta dado que la mesa no puede acordar la no aplicación de lo establecido en el PCAP. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, el pliego de condiciones constituye *"ley entre las partes"*, debiendo someterse a sus reglas no solo los licitadores sino también la propia entidad contratante redactora de sus cláusulas. La citada doctrina viene señalando, en primer lugar, que tal consideración de los pliegos como ley del contrato no es sino expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios y, en segundo lugar, que en la interpretación de los pliegos es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas. Lo contrario llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural e implicaría una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato. Sobre el particular, el principio de igualdad de trato impide que por la mesa o el órgano de contratación se modifique a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones establecidas para la realización de una actividad simultánea para todas ellas.

En este sentido, la mesa de contratación detectada la incorrecta configuración del PCAP, dado que se exigen soportes que no pueden ser prestados por la citada entidad GLOBAL MEDIA GROUP, debió solicitar al órgano de contratación que se desistiera de la licitación respecto del lote afectado por la infracción -ex artículo 152 de la LCSP- en lugar de modificar los pliegos que eran firmes y que constituyen la ley del contrato entre las partes. Se ha de tener en cuenta que la redacción de los pliegos pudo provocar que potenciales licitadores decidieran no participar en el procedimiento a la vista del contenido de los pliegos y que de haber sabido que no se iban a aplicar aquellas partes de imposible aplicación podrían haber decidido participar en el mismo.

Sentado lo anterior -la incorrecta actuación de la mesa de contratación tomada de referencia por la recurrente- se ha de tener en cuenta que, sin entrar en otro tipo de consideraciones, no cabe invocar una decisión anterior a efectos de su influencia sobre una posterior si la misma no es conforme a Derecho. Así, como indicamos en nuestra Resolución 238/2019, de 18 de julio, aludiendo a la jurisprudencia sobre la cuestión:

> *«La Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 2002, dictada en el recurso de casación núm. 7242/1997 (Roj: STS 5862/2002) señala que "la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía,*

no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos”».

Y en el mismo sentido, cabe invocar la Resolución 436/2019, de 25 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al señalar que *«Todo ello sin perjuicio de que no quepa invocar, como precedente administrativo vinculante, una actuación administrativa contraria a Derecho, tal y como señaló el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 5 octubre de 1995, en la que se afirma que “Si bien la doctrina de los actos propios resulta aplicable en el campo administrativo, debe resaltarse que tal aplicación resulta limitada como consecuencia de la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico, con independencia de cualquier otra trayectoria anterior desviada del mismo, pues de otro modo se perpetuaría tomando carta de naturaleza el estado de ilegalidad inicial”».*

Procede, pues, la desestimación de este motivo de recurso.

III. Sobre la oposición de la recurrente a la exclusión acordada por la mesa de contratación de su oferta junto con la alegada validez de la proposición económica alternativa presentada por esta.

De forma muy conectada con los motivos anteriores, la entidad IKI se opone a la exclusión de su proposición argumentando, en los términos anteriormente indicados, que no era posible ofertar los soportes solicitados prestados por la entidad STRÖER ya que la entidad no los ofrece. En definitiva, argumenta que este requisito del PCAP es de imposible cumplimiento y que se debería de haber tenido por no puesto o bien haber valorado la oferta alternativa presentada por la recurrente en la que los soportes solicitados son prestados por la entidad MOPLAK.

En este sentido la recurrente argumenta en su escrito de impugnación: *«A tal efecto, dicha condición (requerir oferta de la empresa Ströer para los soportes de "Public Transport Media Düsseldorf") es nula y debería de haberse tenido por no puesta. O, alternativamente, debería de haberse tenido en cuenta la oferta de IKI MEDIA para los soportes de "Public Transport Media Düsseldorf" de la empresa MOPLAK, puesto que MOPLAK es la empresa exclusivista que comercializa los mismos. En cualquier caso, no debería de haberse excluido a IKI MEDIA de la licitación del Lote 3».*

Pues bien, de lo anterior, se concluye que la recurrente no cuestiona estrictamente el incumplimiento de su proposición de lo requerido en el PCAP con relación a determinados soportes que debía ser prestados por la entidad STRÖER, incluso llega a reconocer que dado que no podía presentarlos licitó incluyendo en su oferta estos soportes pero realizados por otra entidad, MOPLAK, que es la que según manifiesta sí puede efectuarlos. En este sentido, se ha de llegar a la misma conclusión manifestada anteriormente. Si la recurrente detectó que el PCAP contenía un requisito de imposible cumplimiento debió de impugnar los pliegos y no dejarlos firmes y presentar una oferta incumplidora de los mismos. Sin que este Tribunal pueda aceptar ninguna de las posibilidades alegadas por la recurrente; que se tengan por no puestos los citados soportes, que no ha lugar, dado que los pliegos son la ley entre las partes y una vez firmes resultan invariables, ni que se acepte su oferta alternativa, por la misma razón, dado que la proposición incumple el pliego. En este sentido, la única solución de darse la imposibilidad alegada por la recurrente habría sido que el órgano de contratación se hubiera desistido del procedimiento de contratación solución similar a la que finalmente ha acaecido en el presente procedimiento que finalmente se ha declarado desierto respecto del lote 3.

Por lo anterior, procede la desestimación de este motivo de recurso.

IV. Sobre la falta de motivación de los actos recurridos. Solicitud de la práctica de prueba.

La recurrente argumenta que tanto el acta de la sesión de la mesa de contratación como la resolución del órgano de contratación, ambos de 6 de octubre de 2022, resultan carentes de motivación con relación a los motivos por los que se excluye su oferta.

Afirma que: *«No ha sido publicada ninguna notificación en la que se motive la causa de exclusión ni sobre por qué se declara desierto el Lote 3 (ni mucho menos IKI MEDIA ha recibido de forma individual ninguna notificación al respecto), contraviniendo de forma clara y notoria lo dispuesto en la propia LCSP y la doctrina del Tribunal, y produciéndole una clara situación de indefensión. Ya solo las argumentaciones incluidas en este punto Tercero hacen que deba admitirse la pretensión de IKI MEDIA, declarándose la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones impugnadas y retrotrayendo las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación de la adjudicación y declaración de desierto, al objeto de que la misma se notifique debidamente motivada a todos los licitadores en el procedimiento».*

Pues bien, respecto a la motivación, este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada y expuesta en su Resolución 74/2021, de 11 de julio que ha sido objeto de desarrollo (v.g. Resoluciones 122/2012, 102/2013, 109/2013, 190/2014, 77/2015, 113/2015, 115/2015, 431/2015, 53/2016, 78/2016, 22/2017, 75/2017, 169/2017, 121/2018, 299/2018, 46/2019, 65/2019, 405/2019, 174/2020, 222/2020, 348/2020, 37/2021, 236/2021, 483/2021, 568/2021, 26/2022, 145/2022 y 157/2022, entre otras). Así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y más recientemente 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que: *«Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».*

En este sentido, desde una perspectiva formal puede resultar acertado afirmar que los actos recurridos adolecen de falta de motivación dado que efectivamente y como anteriormente se ha reproducido respecto del acta de la mesa de contratación, de 6 de octubre de 2022, se recoge una motivación muy genérica de los motivos que llevan a la exclusión de su oferta y ni en el acuerdo de declaración desierto ni en la notificación del acto se recoge la exclusión de la oferta de la recurrente ni los motivos que la han ocasionado, en el sentido establecido en el artículo 151 de la LCSP. Sin embargo, ello no ha impedido que la recurrente haya tenido conocimiento de los motivos por los que su oferta ha sido excluida dado que se ha puesto en contacto con el órgano de contratación que le ha facilitado dicha información como IKI alega en su propio escrito de impugnación.

Sentado lo anterior, se debe tener en cuenta que como se manifiesta en la doctrina reproducida la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y ello es lo que este Tribunal considera que no se ha producido en el presente

supuesto dado que como se ha indicado la entidad recurrente ha tenido conocimiento concreto de los motivos por los que la mesa de contratación excluyó su oferta y estas cuestiones son recurridas de forma pormenorizada en el escrito de interposición presentado por IKI.

Por tanto, al no haber existido indefensión material procede la desestimación de este motivo de recurso.

Por último, la recurrente mediante otrosí solicita a este Tribunal, al amparo de lo establecido en el artículo 56.4 de la LCSP, la práctica de determinada prueba documental relativa a que se remita correo electrónico a la entidad STRÖER para que se demuestre la veracidad de las afirmaciones vertidas en el escrito de recurso con relación a los soportes comercializados por la mencionada entidad.

Pues bien, el artículo 56.4 de la LCSP dispone que *"Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*
El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

Al respecto, la prueba solicitada se estima innecesaria. Y ello dado a que como se ha venido argumentando en el cuerpo de esta resolución la comprobación de los extremos que con la misma se pretenden acreditar nada nuevo aporta al expediente y en nada cambiaría el sentido de la presente resolución.

Es por ello que la prueba propuesta se estima innecesaria y debe rechazarse.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IKI MEDIA SOLUTIONS, S.L.,** contra el acuerdo del órgano de contratación de declaración de desierto, de 6 de octubre de 2022, del procedimiento de licitación del contrato denominado "Planificación de medios y compra de espacios publicitarios en prensa digital, rrss, advanced tv y publicidad exterior en el marco de las campañas internacionales 2022, así como ejecución de los planes de medios para las acciones de comunicación de promoción turística y del deporte de Andalucía en el ámbito internacional de Reino Unido, Alemania, Francia, Portugal, Italia, Países Bajos, Dinamarca, Suecia y Noruega.", (Expte. C101-06VS-0622-0055), respecto de lote 3, promovido por la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y el Deporte de Andalucía, S.A. ente instrumental adscrito a la Consejería de Turismo, Cultura y Deporte.

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.