Recurso 280/2023
Resolución 325/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 9 de junio de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L.** contra la resolución, de 27 de abril de 2023, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Planificación de medios, ejecución de los planes de medios y compra de espacios en soportes publicitarios para las acciones de comunicación institucional de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior de la Junta de Andalucía» (Expediente CONTR 2021 0001225231), respecto del lote 1, convocado por la Secretaría General Técnica de la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de octubre 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 y presentación electrónica del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 23.636.785,65 euros. Asimismo, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas el citado día en el perfil de contratante.

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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

Mediante resolución de 27 de abril de 2023 el órgano de contratación adjudica contrato citado en el encabezamiento, respecto del lote 1, a la UTE M&C SAATCHI MADRID, S.L. - UNIVERSAL MCCANN, S.A. (en adelante la adjudicataria o la UTE adjudicataria).

SEGUNDO. El 19 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación, a través del registro electrónico de la Administración General del Estado, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad IRISMEDIA AGENCIA DE MEDIOS S.L. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de adjudicación del lote 1.

Asimismo, dicha entidad ahora recurrente presentó de nuevo el mismo escrito de recurso el 21 de mayo de 2023 en el registro del órgano de contratación, a través del registro electrónico de la Junta de Andalucía. Ambos escritos fueron remitidos por el órgano de contratación teniendo entrada en este Tribunal el 26 de mayo de 2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal del mismo día 26 de mayo de 2023 se le solicita al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido el 30 y 31 de mayo de 2023.

Acto seguido, dicho día 31 de mayo de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido para ello las presentadas por la UTE adjudicataria.

Por último, el 1 de junio de 2023, se requiere al órgano de contratación que aporte determinada documentación, relativa a la notificación del acto impugnado, no aportada con el expediente de contratación remitido.

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 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone formalmente contra la adjudicación, respecto del lote 1, 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, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la adjudicación del lote 1 fue notificada a la entidad ahora recurrente el 28 de abril de 2023, por lo que el recurso presentado los días 19 y 21 de mayo 2023 en el registro del órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación de 27 de abril de 2023 de adjudicación del contrato, respecto del lote 1, solicitando a este Tribunal que:

«1) Que se tenga por interpuesto el recurso contra la resolución de adjudicación, con reserva del derecho a completar el recurso, una vez que se haya accedido al expediente, que, previos los trámites oportunos, deberá ser estimado.
2) Que, de conformidad con el artículo 52.3 LCSP (en relación con el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), que desarrolla el artículo 52.3 LCSP, se solicite del órgano de contratación la remisión del expediente de contratación y se cite a esta parte para su acceso completo al mismo, concediéndole el plazo preceptivo para presentar las alegaciones para completar el recurso y que sean de interés para defensa de su derecho.».

La recurrente en su escrito de impugnación, en el primero de los que denomina motivos del recurso, relata ciertos hechos acaecidos en la licitación, partiendo de determinado acuerdo adoptado por la mesa de contratación en sesión celebrada el 4 de octubre de 2022, que reproduce, en el que la mesa aprecia incidencias en relación con las cartas de presentación propuestas por su empresa, por lo que se abstiene de valorar determinados descuentos ofertados. Acto seguido señala que presentó una solicitud de revisión de la valoración de su oferta en relación con los descuentos correspondientes a los medios de radio (cadena dial, los 40, Radiolé y Cadena Ser), donde se efectuaban determinadas alegaciones que reproduce en el escrito de recurso. A continuación, indica que mediante acta de 21 de febrero de 2023, la mesa de contratación desestima su solicitud de revisión en los términos que transcribe en el recurso. Finalmente afirma que con fecha 14 de marzo de 2023, se emite un informe de la mesa de contratación que acompaña al recurso, donde se revisa la puntuación otorgada a su proposición económica, justificándolo nuevamente en el modelo de carta de descuento de uno de los medios, privándole de 0,75 puntos que se le habían otorgado previamente, reproduciendo los argumentos del mencionado informe.

En el segundo de los denominados por la recurrente motivos del recurso, afirma que el órgano de contratación ha incumplido su obligación de facilitar acceso al expediente extendiendo la confidencialidad de las ofertas de las entidades licitadoras. En este sentido, señala que solicitó al órgano de contratación vista del expediente con la finalidad esencial, de acceder a las cartas de medios para comprobar los posibles defectos de otras licitadoras y que no se había vulnerado el principio de trato igualitario. Sin embargo, dicho órgano de contratación ha declarado unilateralmente, contra lo previsto en los pliegos y de forma ilógica, la confidencialidad de todas las cartas de los medios de todas las entidades licitadoras, aunque ninguna de ellas lo hubiera solicitado mediante el modelo de confidencialidad que constaba en los pliegos (y, si alguno de ellas los hubiera solicitado, se podría decidir sobre tal confidencialidad, pero nunca extenderá a todas las licitadoras); con ello, el órgano de contratación ha extendido un manto de opacidad sobre el procedimiento, que afecta al principio de transparencia.

En el citado por la recurrente como tercer motivo del recurso, se indica que el órgano de contratación incorrectamente se ha abstenido de valorar la parte de la propuesta de su oferta correspondiente a la *"Cadena Dial, Los 40, Radiolé y Cadena Ser",* al no admitir, en trámite de subsanación, la aportación de la carta del medio correspondiente, pese a que la firma probaba fehacientemente la existencia de la carta en el momento de presentación de la oferta, lo que atenta contra el principio de trato igualitario, al haber permitido a otras entidades licitadoras la subsanación de defectos de las cartas, siempre que la firma fuera anterior al momento de presentación de la oferta.

Por último, en el citado por la recurrente como cuarto motivo del recurso, se afirma que el órgano de contratación incorrectamente se ha abstenido de valorar la parte de su oferta justificada por cartas de acuerdos con los medios que contenían tramos, pudiendo hallarse su propuesta soportada por uno de esos tramos.

Tras exponer en síntesis todo lo anterior, la recurrente en su escrito de recurso, como se ha expuesto, solicita expresamente:

«1) Que se tenga por interpuesto el recurso contra la resolución de adjudicación, con reserva del derecho a completar el recurso, una vez que se haya accedido al expediente, que, previos los trámites oportunos, deberá ser estimado.
2) Que, de conformidad con el artículo 52.3 LCSP (en relación con el artículo 29.3 del Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), que desarrolla el artículo 52.3 LCSP, se solicite del órgano de contratación la remisión del expediente de contratación y se cite a esta parte para su acceso completo al mismo, concediéndole el plazo preceptivo para presentar las alegaciones para completar el recurso y que sean de interés para defensa de su derecho.».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En cuanto a la solicitud de acceso al expediente, indica el informe al recurso que la entidad ahora recurrente tuvo acceso a todo el expediente de contratación, incluidas las ofertas presentadas por las otras licitadoras, a excepción de la documentación declarada confidencial mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 10 de mayo de 2023, entre la que se encuentran los documentos de verificación de la propuesta económica contenida en el sobre n.º 3 del lote 1; todo ello *«conforme a la doctrina contenida en la Resolución n.º 558/2020, de 23 de abril de 2020, dado que son documentos suscritos por terceros, no coincidentes con ninguna de las licitadoras y, por lo tanto, ajenos a la licitación que nos ocupa; son secretos al no ser públicamente accesibles ni susceptibles de ser consultados por terceros y no queda justificada la necesidad de su conocimiento para fundamentar un posible recurso. El acceso a dichos documentos permitiría conocer información estratégica y comercial relevante que facilitaría la obtención ilícita de una posible ventaja competitiva para otros procesos de licitación y la revelación de secretos técnicos o comerciales que, representando un valor estratégico para las empresas, afecten a su competencia en el mercado.»*.

Respecto a la solicitud de valoración de los descuentos correspondientes los medios de radio (cadena dial, los 40, Radiolé y Cadena Ser), el informe al recurso considera acertado el acuerdo adoptado por la mesa de contratación en la sesión celebrada el día 17 de enero de 2023, en orden a la no valoración de los citados descuentos conforme a lo dispuesto en el anexo X del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), relativo a los criterios de adjudicación y baremos de valoración, dado que las cartas correspondientes a dichos medios no estaban incluidas en la oferta presentada originariamente, no siendo subsanable dicha omisión, conforme a lo dispuesto en el anexo VIII del PCAP; todo ello de conformidad con la doctrina contenida en la Resolución 515/2022, de 28 de octubre, de este Tribunal, que reproduce parcialmente.

Por último, sobre la solicitud de no disminución de la puntuación otorgada a la proposición económica presentada por la empresa ahora recurrente, tras la revisión contenida en el informe rectificativo de fecha 14 de marzo de 2023 emitido por los vocales de la mesa de contratación pertenecientes al órgano proponente, el informe al recurso considera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, las Administraciones Públicas, pueden rectificar de oficio los

errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, por lo que si se detecta la existencia de un error de este tipo, debe procederse a su rectificación, tal como se indica en el citado informe de fecha 14 de marzo de 2023, que es aceptado por la mesa de contratación en su sesión del día 14 de marzo de 2023. Acto seguido, afirma el informe al recurso que en todo caso, cabe recordar que aún en el supuesto de que se estimara tal petición no supondría valoración alguna en cuanto al orden de calificación de las personas licitadoras.

3. Alegaciones de la UTE adjudicataria.

La UTE adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidas.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal sobre la petición de acceso al expediente como única pretensión solicitada.

En síntesis, la recurrente pone de manifiesto determinados hechos acaecidos en la licitación que se examina sobre el acceso al expediente solicitado ante el órgano de contratación, pretendiendo exclusivamente en el apartado solicito del recurso que este Tribunal le de acceso completo al expediente de contratación en sus oficinas ex artículo 52 de la LCSP y le conceda plazo para -según su entender- completar el recurso interpuesto.

Pues bien, sobre la solicitud de acceso al expediente como pretensión de fondo del recurso se ha pronunciado este Tribunal en varias de sus resoluciones, entre otras en las Resoluciones 295/2021, de 29 de julio, 372/2021, de 8 de octubre, 220/2022, de 8 de abril y 273/2023, de 19 de mayo. En ellas se cita el artículo 52 de la LCSP cuyo tenor es el siguiente:

«1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente»..

A la vista de este precepto legal, en lo que aquí interesa, es posible extraer las siguientes conclusiones: el artículo 52 de la LCSP exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquel no se haya facilitado por parte del citado órgano de forma parcial o total. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en

el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso.

En definitiva, conforme al artículo 52 de la LCSP, al que hace referencia la recurrente en su escrito de recurso, el acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, como pretende la entidad ahora recurrente, sino que tiene un carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 36/2019, de 14 de febrero y 304/2019, de 24 de septiembre, siendo compartido este criterio por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril.

En consecuencia, la solicitud de acceso al expediente en sede del Tribunal, requiere de la previa interposición de un recurso especial, pudiendo únicamente con ocasión de la vista celebrada ampliar este, pero en ningún caso formular un recurso "ex novo", como pretende la recurrente, no pudiendo emplear dicho trámite con la intención de determinar la procedencia de su interposición, esto es, la petición de acceso ex artículo 52 de la LCSP no puede ser nunca una pretensión de fondo del recurso, sino un instrumento para su formulación con las suficientes garantías.

Sentado lo anterior, procede señalar que en el presente supuesto, del contenido del recurso presentado se constata que el acto formalmente impugnado es la adjudicación del contrato, respecto del lote 1, sin que en ningún momento la recurrente en el apartado solicito de su recurso cuestione dicho acto, no alegando vulneración de derecho o precepto alguno, relativo al mismo, ni infracción por parte del órgano de contratación de las normas del procedimiento con ocasión del dictado del acto impugnado, sino que por el contrario la recurrente se limita a cuestionar la actuación del órgano de contratación con ocasión de la vista frustrada ante éste, solicitando al amparo del artículo 52.3 de la LCSP la concesión de dicho trámite en sede del Tribunal. Lo anterior evidencia que la finalidad perseguida con el recurso presentado, conforme a lo solicitado en el suplico del escrito de interposición, no es la reparación de la infracción que a su juicio haya podido cometer el órgano de contratación en la adjudicación, sino el acceso al expediente de contratación.

Procede, pues, desestimar en el sentido expuesto el presente motivo del recurso, al no ser posible admitir que el acceso que se regula en el artículo 52 de la LCSP pueda ser una pretensión de fondo del recurso, sino un instrumento para su formulación con las suficientes garantías.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre determinadas cuestiones planteadas en el cuerpo del recurso.

Como se ha expuesto, la única pretensión formulada por la recurrente en el apartado "solicito" de su recurso es el acceso al expediente de contratación. Sin embargo, en los denominados motivos del recurso tercero y cuarto dentro del cuerpo del escrito de impugnación, la recurrente plantea dos cuestiones, que no guardan conexión alguna con la petición de acceso, y que por parte de este Tribunal van a ser analizadas, por el principio "pro actione" y con objeto de no generar indefensión a la entidad ahora recurrente.

En la primera, afirma que el órgano de contratación incorrectamente se ha abstenido de valorar la parte de la propuesta de su oferta correspondiente a la *"Cadena Dial, Los 40, Radiolé y Cadena Ser",* al no admitir, en trámite de subsanación, la aportación de la carta del medio correspondiente, pese a que la firma probaba fehacientemente la existencia de la carta en el momento de presentación de la oferta, lo que atenta contra el

principio de trato igualitario, al haber permitido a otras entidades licitadoras la subsanación de defectos de las cartas, siempre que la firma fuera anterior al momento de presentación de la oferta.

Al respecto, en el acta de la mesa de contratación de fecha 17 de enero de 2023, en lo que aquí interesa, consta acuerdo de solicitar aclaración de la oferta de la entidad ahora recurrente respecto del lote 1, en relación con la proposición económica presentada, en los siguientes términos: *«Dado que la documentación presentada consiste en un único documento en formato pdf, que agrupa las cartas de todos los medios, pero las cartas en sí no están firmadas con firma electrónica cualificada por parte de los medios, sino que sólo está firmado electrónicamente el propio archivo .pdf por parte de una de las personas representantes de la entidad, se acuerda solicitar aclaración sobre si se dispone de los documentos firmados electrónicamente con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas y, en su caso, que sean aportados.»*.

Tras la aportación por la entidad ahora recurrente de la documentación que estimó necesaria, el 31 de enero de 2023 la mesa de contratación vuelve a reunirse y respecto de la aclaración solicitada, pone de manifiesto que una vez examinada la documentación presentada, por unanimidad constata en lo que aquí concierne lo siguiente:

«- La empresa (…) [ahora recurrente], presenta todas las cartas firmadas electrónicamente con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas y son iguales a las presentadas en su oferta, pero se incluye una carta firmada electrónicamente con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas que contiene cuatro soportes de radio de ámbito nacional y regional: Cadena Dial, Los 40, Radiolé y Cadena Ser, no incluida inicialmente.

A la vista de lo dispuesto anteriormente, por unanimidad de la Mesa de Contratación se adoptan los siguientes acuerdos:
(…)
- (…) [la empresa ahora recurrente]: Los descuentos correspondientes a los medios Cadena Dial, Los 40, Radiolé y Cadena Ser, no pueden ser objeto de valoración conforme a lo dispuesto en el Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares relativo a Criterios de adjudicación y Baremos de valoración, dado que las cartas correspondientes a dichos medios no estaban incluidas en la oferta presentada originariamente, no siendo subsanable dicha omisión, conforme a lo dispuesto en el Anexo VIII del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Todo ello de conformidad con la doctrina contenida en la Resolución nº515/2022, de 28 de octubre de 2022, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, recaida en el Recurso n.º 380/2022, en la que se dispone "(...)Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse o ampliarse por vía de aclaración(…)".».

En definitiva, la oferta de la entidad ahora recurrente respecto a los medios de radio (cadena dial, los 40, Radiolé y Cadena Ser) no ha sido valorada al haber modificado su oferta en el trámite de aclaración concedido, al no estar dichos medios, que aporta en fase de aclaración, incluidos en la oferta presentada originariamente.

Pues bien, sobre la posibilidad de aclaración de las ofertas -en el presente caso de la económica-, se ha pronunciado en multitud de ocasiones este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre, entre las primeras o las 152/2021, de 22 de abril, 625/2022, de 16 de diciembre y 229/2023, de 3 de mayo, entre las más recientes.

En ellas se pone de manifiesto que, sobre la posibilidad de solicitar a las licitadoras aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Dichos razonamientos pueden resumirse del modo siguiente:

• Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

• Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

• El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas ellas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a que «*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta*». Y concluye la sentencia citada que *«(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron*.».

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), al indicar que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia la mesa o el órgano de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad a la entidad licitadora de confirmar la veracidad del dato dudoso, siempre que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión,

y, de otro lado, que la propia licitadora reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

En el supuesto examinado, en la cláusula 9 del PCAP, denominada presentación de las proposiciones, y más concretamente en su apartado 9.2.3. «Sobre electrónico nº 3: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas», se señala que en este sobre se incluirá la documentación indicada en el anexo VIII del presente pliego, entre la que deberá encontrarse, en todo caso, la proposición económica, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación especificados en el anexo X. Dicho anexo VIII consta de tres apartados, el primero relativo a la proposición económica manifiesta en lo que aquí concierne lo siguiente:

«1. Proposición económica. La proposición, debidamente firmada y fechada, deberá ajustarse al modelo que figura en el anexo IX del presente pliego (incluyendo los anexos IX-A, B y C según el lote o lotes a los que se concurra).

Para los medios de comunicación del lote 1 (prensa, radio y televisión), cada licitadora deberá aportar un documento con firma electrónica cualificada que, en todo caso, ha de ser de fecha anterior a la fecha de fin de entrega de las proposiciones de esta licitación, por la dirección comercial (o asimilada) de cada medio incluyendo todos los soportes relacionados en el correspondiente Anexo IX en el que se verifique que la condición económica que presenta cada licitadora (descuento ofertado sobre la tarifa oficial publicada por cada medio) ha sido previamente acordada con el medio. Dicho documento de verificación de la propuesta económica de cada medio ha de adjuntarse a la propuesta económica en el sobre nº 3.

La no presentación del documento con firma electrónica cualificada que verifique la condición económica del correspondiente soporte ofertado en el Anexo IX-B, supondrá la no valoración del soporte correspondiente, sin que haya lugar a subsanación. Sin perjuicio de ello, en el supuesto de que la oferta licitante que resulte candidata no hubiera presentado el documento de verificación de la condición económica de algún soporte, se le requerirá para que lo aporte en un plazo máximo de 10 días, bajo la advertencia, de que en caso contrario perderá la condición de candidata a adjudicataria.
(…)».

De lo expuesto, respecto de la controversia suscitada, podemos extraer una serie de conclusiones. La primera es que cada licitadora deberá aportar un documento con firma electrónica cualificada de cada medio (prensa, radio y televisión), incluyendo todos los soportes relacionados en el correspondiente anexo IX del PCAP. Ello supone que ha de aportar un documento por cada medio debidamente firmado de forma electrónica y que ha de incluir todos los soportes que de cada medio figuran en el anexo IX del PCAP. En este sentido, en el anexo IX-B del citado pliego se afirma bajo la denominación de "advertencia" que *«Deberá rellenarse la columna "Descuento sobre tarifa oficial (%)", en cada uno de los soportes relacionados, de lo contrario será excluido de la licitación.»*.

La segunda es que el no presentar el documento que verifique la condición económica del correspondiente soporte ofertado en el anexo IX-B del PCAP, supondrá que ese soporte no sea valorado, sin que haya lugar a la subsanación. Esto es, que, si alguna licitadora no aporta el documento debidamente firmado del descuento ofertado sobre la tarifa oficial en algún soporte, ya sea de prensa, radio o televisión, el mismo no será valorado, sin que sea posible su subsanación.

La tercera es que a la entidad propuesta como adjudicataria que no hubiera presentado el documento de verificación de la condición económica de algún soporte, además de que como se ha expuesto no será valorada en ese soporte, se le requerirá para que lo aporte en un determinado plazo.

Según consta en la documentación remitida por el órgano de contratación, la entidad ahora recurrente en su oferta presenta, como afirma la mesa de contratación en su sesión de 17 de enero de 2023, un único documento en formato "pdf" que agrupa las cartas de todos los medios, pero dichas cartas en sí no están firmadas con firma electrónica cualificada por parte de los medios, sino que sólo está firmado electrónicamente el propio archivo "pdf". Asimismo, este Tribunal ha podido constatar que, en dicho fichero, que constituye la ofertad inicial de la entidad ahora recurrente, no figura documento alguno que contenga los soportes de radio de ámbito nacional y regional: cadena dial, los 40, Radiolé y Cadena Ser.

A pesar de la claridad con que se expresa el reproducido apartado 1 del anexo VIII del PCAP, cuando manifiesta que se ha de aportar un documento por cada medio debidamente firmado de forma electrónica, cosa que no hizo la entidad ahora recurrente, la mesa de contratación quizás aunque no lo indique en pro de la concurrencia y de la proporcionalidad, le solicita aclaración sobre si dispone de los documentos firmados electrónicamente con fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas y, en su caso, que los aporte.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia expuestas anteriormente dicha aclaración en modo alguno puede suponer la modificación de la oferta, esto es en el supuesto que se examina, la entidad ahora recurrente no podía modificar su proposición en vía de aclaración, en lo que aquí interesa, no le estaba permitido introducir documento alguno que contenga los soportes de radio de ámbito nacional y regional: cadena dial, los 40, Radiolé y Cadena Ser, dado que ello supondría la modificación de su oferta proscrita por el ordenamiento jurídico contractual, además de infringir expresamente lo indicado en el citado apartado 1 del anexo VIII del PCAP, que señala que no es subsanable el no presentar el documento que verifique la condición económica del correspondiente soporte ofertado en el anexo IX-B del PCAP.

Constatado que en fase de aclaración la entidad ahora recurrente introdujo un documento que no había ofertado inicialmente, ello supuso la modificación de su oferta y la infracción de lo señalado en el apartado 1 del anexo VIII del PCAP, con las consecuencias que se ponen de manifiesto por la mesa y el órgano de contratación.

En definitiva, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso, en el que la recurrente denunciaba la no admisión de la aportación en trámite de subsanación del documento que contiene los soportes de radio citados, pese a que la firma probaba fehacientemente la existencia de la carta en el momento de presentación de la oferta.

En la segunda cuestión que denuncia el recurso, la recurrente afirma que el órgano de contratación incorrectamente se ha abstenido de valorar la parte de su oferta justificada por cartas de acuerdos con los medios que contenían tramos, pudiendo hallarse su propuesta soportada por uno de esos tramos.

En este sentido, la recurrente tras reproducir el primer párrafo del informe de 14 de marzo de 2023, suscrito por determinados vocales de la mesa de contratación, afirma que la disminución de la puntuación se funda en el modelo de carta, lo que a su entender resulta ilógico cuando su propuesta económica y, en definitiva, su descuento ofertado se halla soportado por el tramo correspondiente.

Al respecto, ha de reproducirse la parte del citado informe de 14 de marzo de 2023 puesta de manifiesto por la recurrente. Dice así: «*Advertido error en el Informe emitido en fecha 15 de febrero de 2023, relativo al examen de la proposición económica de las ofertas presentadas en la licitación del contrato de referencia, y en concreto en relación con la puntuación otorgada al licitador (…) [ahora recurrente], al haber otorgado 0,750 puntos en relación con el criterio "1.6 Proposición Económica descuentos en emisoras de radio FM,ámbito regional/local", soporte Europa FM, cuando debiera haberle correspondido 0 puntos al haber aportado un modelo de carta de descuento*

que incluía un escalado de descuentos según programas; tal y como se ha hecho con el resto de los licitadores que presentaron idéntico modelo carta de descuento.».

En cuanto al modelo de carta que incluyen un escalado de descuento el informe de 15 de febrero de 2023, al que se remite el de 14 de marzo de 2023, indicaba que *«se han detectado incidencias relativas a los porcentajes de descuento que los licitadores indican en las tablas presentadas y que deben ser objeto de verificación. Así, nos encontramos cartas de los medios en los que se indica escalado de descuentos sobre la tarifa en función de diversas variables, como los formatos publicitarios, el volumen de inversión, la planificación semanal de inserciones publicitarias (días laborables vs fines de semana), o también en función de programas concretos de la parrilla publicitaria del medio, el target (público destinatario) y el periodo temporal (anualidad del contrato, periodos trimestrales). En otros casos, aunque en la carta del medio no hay un escalado de descuentos, sí se especifican en la misma formatos publicitarios concretos asociados a la oferta de descuento, por lo que la oferta no se puede considerar exhaustiva en cuanto a los formatos y únicamente se puede verificar asociada a los formatos que se indican.*

Todas estas incidencias tienen en común el hecho de que condicionan el valor del descuento ofertado en función de distintas variables. Dichas variables (formatos publicitarios, volumen de inversión, periodos temporales, etc.), no son parámetros ni exigencias contemplados en los pliegos de la presente licitación, en los que únicamente se ha exigido la presentación del documento de los medios con el objeto de verificar "la condición económica que presenta cada licitadora", condición económica que debe ceñirse estrictamente a "descuentos a aplicar con carácter general" como se indica en el Anexo IX-B del PCAP.

Por tanto, se entiende que ninguna de dichas variables puede condicionar la verificación de los valores ofertados que se pretende contrastar con la carta del medio, de cara a la baremación del criterio de descuento ofertado sobre tarifa oficial.

En este sentido, se debe considerar como la opción más ajustada al principio de proporcionalidad y a lo exigido en los pliegos de la presente licitación, la no valoración de todo aquel porcentaje de descuento ofertado en cualquier soporte en el que la correspondiente carta del mismo no permita verificar de manera fehaciente, inequívoca, y sin ningún condicionante temporal en cuanto al periodo de validez del descuento (que el descuento sea válido por tanto para todo el eventual periodo de ejecución del contrato), un único valor de descuento porcentual a "aplicar con carácter general", que sea válido de manera exhaustiva para toda la oferta del soporte, sin consideraciones de tipo de formato, volumen de inversión, periodo temporal, ni cualquier otra variable, aplicando este mismo criterio obviamente a todos los licitadores por igual.».

En concreto, en cuanto a la oferta de la entidad ahora recurrente respecto de los descuentos propuestos en emisoras de radio FM, ámbito regional/local, soporte Europa FM, se afirma textualmente lo siguiente:

«El descuento a aplicar, para las campañas de ONDA CERO REGIONALES en Más de Uno el 92% y resto de programación del 90% sobre la tarifa oficial.
En el caso de Europa F.M., el 85% para la franja matinal de 7-11 h., y el 90% para el resto de programación sobre la tarifa oficial.
El descuento a aplicar, para las campañas de ONDA CERO Y EUROPA F.M. LOCALES el 85% en cualquiera de las franjas sobre la tarifa oficial.».

Queda claro que para el soporte de Europa FM en el ámbito regional, el descuento a aplicar sobre la tarifa oficial es distinto según la franja horaria, de tal forma que para la matinal de 7:00 a 11:00 horas el descuento es del 85% y para el resto de la programación el descuento es del 90%.

Dicho descuento, en función de determinado periodo temporal, imposibilita su valoración dado que el pliego exige un solo descuento por soporte, cuando requiere que los descuentos se han de "aplicar con carácter general". Así, en los anexos VIII, IX-B y X del PCAP, en la columna donde han de reflejarse los descuentos ofertados se indica expresamente, para cada uno de los soportes, la expresión "Descuento sobre la tarifa oficial (%)". Sobre ello, en dicho anexo X «Criterios de adjudicación y baremos de valoración», después de cada una de las 8 tablas en donde se recogen los 134 soportes a los se han de presentar oferta, se señala lo siguiente: « *Nota: El descuento sobre tarifa oficial se indicará en porcentaje, con dos decimales y nunca podrá ser superior al 100,00%*». (el resaltado es nuestro)

Incluso en los citados anexos VIII y IX-B del PCAP, en el primer párrafo, tras reproducirse las tablas con los distintos soportes se afirma en ambos anexos que *«Para los medios de comunicación del lote 1 (distintos medios de comunicación), cada licitadora deberá aportar un documento con firma electrónica cualificada, antes de la fecha de fin de entrega de las proposiciones de esta licitación, por la dirección comercial (o asimilada) de cada medio incluyendo todos los soportes relacionados en el correspondiente Anexo IX en el que se verifique que la condición económica que presenta cada licitadora (descuento ofertado sobre la tarifa oficial publicada por cada medio) ha sido previamente acordada con el medio.»*. (el resaltado es nuestro).

Asimismo, en el anexo XI *«Parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja»*, aparece la expresión *"Descuento sobre tarifa oficial"*, que confirma una vez la necesidad de que solo pueda ofertarse un descuento por soporte. Incluso, el apartado 8 del anexo I «Características del contrato» del citado PCAP, relativa al régimen de abono del precio, en el último inciso de su párrafo tercero se afirma que *«Cuando la acción sea asimilable a una tarifa oficial publicada, se aplicará el descuento general ofertado para el medio o soporte »*. (el subrayado es nuestro)

Es más, en la fórmula matemática, Vi = POE * (RF/Rfmax), contenida en el anexo X del PCAP para asignar la puntuación para cada uno de los soportes ofertados, se refleja una vez más la exigencia de que solo pueda ofertarse un descuento por soporte. En dicha fórmula, "Vi" es la puntuación de la oferta presentada para cada soporte; "POE" es la puntuación máxima del descuento sobre tarifa por soporte ofertado; "RF" es el descuento sobre tarifa por soporte ofertado; y "Rfmax" es el descuento máximo de las ofertas valoradas.

En definitiva, queda meridianamente claro que la voluntad del órgano de contratación en la redacción del PCAP era la de que solo se pudiese ofertar un único descuento por soporte, lo que evidentemente supone la imposibilidad de aceptar dicho descuento si el mismo se oferta de forma condicionada, bien por la existencia de un escalado de descuentos sobre la tarifa en función de diversas variables, como los formatos publicitarios, el volumen de inversión, la planificación semanal de inserciones publicitarias (días laborables y/o fines de semana), o en función de programas concretos de la parrilla publicitaria del medio, el target (público destinatario) y el periodo temporal (anualidad del contrato, periodos trimestrales), bien cuando el descuento ofertado no cubre el plazo de duración del contrato, o bien por asociarse la oferta de descuento a formatos publicitarios concretos.

Al respecto, este Órgano ha de poner de manifiesto como muchas otras veces (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, 113/2020, de 14 de mayo, 297/2020, de 8 de septiembre, 3/2021, de 14 de enero y 615/2022, de 16 de diciembre, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y que una vez aprobados y

aceptados por las entidades licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

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 que el descuento ofertado para cada soporte por cada una de dicha licitadoras sobre la tarifa oficial publicada por cada medio de comunicación sea único y haya sido previamente acordada con dicho medio-, 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.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, 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 los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)»*.

Sobre ello, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el presente motivo del recurso, en el que la recurrente denunciaba que el órgano de contratación incorrectamente se ha abstenido de valorar la parte de su oferta justificada por cartas de acuerdos con los medios que contenían tramos.

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 la resolución, de 27 de abril de 2023, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Planificación de medios, ejecución de los planes de medios y compra de espacios en soportes publicitarios para las acciones de comunicación institucional de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior de la Junta de Andalucía» (Expediente CONTR 2021 0001225231), respecto del lote 1, convocado por la Secretaría General Técnica de la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 1.

TERCERO. 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 personas 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.