

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 24 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por Don P.A.P. y Don F.P.A., en representación de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U. contra el acuerdo de exclusión en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios para *“Difusión de una campaña de publicidad para prevención de la violencia de género dirigida a la ciudadanía madrileña orientada a implicarla en la lucha contra este fenómeno durante el año 2012”*, y para *“Difusión de una campaña de publicidad sobre la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos de la sociedad y favorecer actitudes que faciliten la flexibilidad laboral y la corresponsabilidad en la vida familiar en la Comunidad de Madrid durante el año 2012 cofinanciado por el Fondo Social Europeo, eje 2, tema prioritario 69 del programa operativo 2007-2013 con un porcentaje de 50%”*, de la Consejería de Asuntos Sociales, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución del Secretario General Técnico, de 6 de julio de 2012, por delegación del Consejero, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas

Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, así como los expedientes para la adjudicación mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, de los contratos de servicios para *“Difusión de una campaña de publicidad para prevención de la violencia de género”*, (expte. 79/2012) y para *“Difusión de una campaña de publicidad sobre la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos de la sociedad”*, (expte. 80/2012), ambos con un valor estimado de 415.254,24 €.

La licitación de estos contratos se encuentra sometida a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) y por el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003 de 3 de abril.

El anuncio de licitación de los contratos se publicó en el DOUE de 26 de julio de 2012, en el BOE de 1 de agosto, en BOCM de 23 de julio y en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid.

Segundo.- Los contratos se encuentran calificados en sus Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como contratos de servicios de la categoría 13 del Anexo II del TRLCSP, servicios de publicidad. En el Anexo I de los PCAP se definen las características de los contratos fijando, en el apartado 8, los criterios de adjudicación y en el apartado 9, se determina la documentación a presentar en relación con los criterios de adjudicación.

El apartado 8 del Anexo I de los PCAP dispone que todos los criterios de adjudicación son de valoración automática y se concretan en: “oferta económica” a la que se asignan hasta 55 puntos, con los subcriterios siguientes: “Descuentos

ofertados en la compra de espacios publicitarios” hasta 50 puntos y “coste de producción” hasta 5 puntos; y el criterio “Calidad Técnica (Plan de medios)”, con valoración de hasta con 45 puntos.

En cuanto al criterio de adjudicación “*Calidad técnica*” en el PCAP figura lo siguiente:

“Número 2 Descripción del criterio.....ponderación

“Calidad técnica (Plan de Medios) Hasta 45 puntos.

El Plan de medios presentado se valorará según los siguientes criterios:

“2.1: GRPs (Gross rating Points) de la campaña en el medio TELEVISIÓN para un mínimo de 3 OTS de frecuencia media de contacto: hasta 16 puntos.

2.2: GRPs (Gross rating Points) de la campaña en el medio RADIO para un mínimo de 5 OTS de frecuencia media de contacto: hasta 16 puntos.

2.3: GRPs (Gross rating Points) de la campaña en medios gráficos PRENSA para un mínimo de 2 OTS de frecuencia media de contacto: hasta 13 puntos.

El licitador que oferte y acredite los mayores valores en los conceptos anteriormente señalados obtendrá la máxima puntuación, obteniendo el resto de licitadores la puntuación de manera proporcional”.

En el apartado 9.1 del Anexo I “*Documentación técnica*” dispone que se incluya en un único sobre con el número 2 y deberá contener la documentación siguiente:

“Plan de medios deberá recoger con total claridad:

- Planificación táctica pormenorizada de cada uno de los medios y soportes formatos, tarifas, franjas horarias, programas, nº de inserciones, GRP’s, CPM, etc.

- *Evaluación pormenorizada de cada uno de los medios (% de cobertura, GRP's, OTS, CPM, curva de contactos), certificada por las empresas de mediciones (Kantar Media para televisión y EGM para medios gráficos (prensa y radio)) tomando como base las audiencias del trimestre anterior a la presentación de las propuestas en el caso de televisión e igualmente en el resumen general de resultados publicado por EGM, en el caso de medios gráficos y radio.*

Los licitadores que no presenten el Plan de Medios con todas las especificaciones detalladas quedan excluidos de la licitación”.

Dentro del plazo de presentación de ofertas, se presentaron 7 empresas a la licitación del contrato para Difusión de una campaña de publicidad para prevención de la violencia de género (expte. 79/2012) y 5 empresas para el contrato para Difusión de una campaña de publicidad sobre la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos de la sociedad (expte. 80/2012), entre ellas la de la recurrente.

La Mesa de contratación se reúne el día 30 de agosto de 2012, para proceder a la apertura del sobre número 3 “*Proposición económica*” que contiene la oferta económica, en la que se ofrecen los descuentos en los distintos medios y posteriormente, el sobre número 2 que contiene la documentación técnica relativa al criterio *Calidad técnica (Plan de Medios)* cuya evaluación se encarga a la unidad promotora de ambos procedimientos.

El día 26 de septiembre la Mesa de contratación se reúne para estudio del informe de la unidad promotora, valorando las proposiciones presentadas respecto del criterio calidad técnica de ambos expedientes y, de conformidad con su contenido, acuerda excluir a la empresa PHD Media Spain S.L.U. de ambos procedimientos, por no haber presentado las evaluaciones certificadas por las empresas de medición de audiencias.

La exclusión se publica en el perfil de contratante del día 27 de septiembre.

Tercero.- El día 10 de octubre de 2012 tuvieron entrada en el Tribunal escritos presentados por Don P.A.P. y Don F.P.A., en representación de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U. remitidos por el órgano de contratación, mediante los que se interponen sendos recursos especiales ante el órgano de contratación, contra los acuerdos de la Mesa de contratación, de 30 de agosto de 2012, por los que se decide la exclusión de la empresa en los procedimientos de licitación referidos y en los que se solicita la anulación de dichos acuerdos y que se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de ofertas técnicas, para otorgar plazo para subsanación de defectos de forma y se adjudique el contrato a la oferta más ventajosa económicamente. Solicita también la suspensión de la tramitación de los expedientes de contratación.

El recurrente, ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 del TRLCSP, que establece la obligación, de anunciar previamente la interposición de recurso especial.

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal los recursos y los expedientes de contratación con su correspondiente informe en los que manifiesta que la recurrente incumplió lo dispuesto en el punto 9.1 del Anexo I de los PCAP relativo a la documentación técnica que debía aportarse respecto del Plan de medios, con las especificaciones que se establecían y que el Pliego no ha sido impugnado. Sobre la suspensión de la tramitación solicitada, manifiesta que al tratarse de recursos contra actos de trámite y no contra la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP no procede la suspensión de la tramitación.

Quinto.- Con fecha 17 de octubre de 2012, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación de los dos expedientes en aplicación de lo previsto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Igualmente el Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la acumulación de los dos recursos por apreciar íntima conexión en los asuntos al tratarse de la contratación de servicios de la misma categoría, en los que hay identidad en los interesados y en los que la impugnación se dirige contra los acuerdos de la Mesa de contratación, adoptados en la misma fecha, por los que resulta excluida la empresa en ambos procedimientos, basándose en incumplimientos de los Pliegos de Cláusulas Administrativas por idénticos motivos.

Sexto.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado, que los recursos se interponen contra actos de trámite, adoptados en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de la categoría 13 del Anexo II del TRLSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1 a) y 2 b) del TRLCSP.

Segundo.- Los recursos se plantearon en tiempo y forma, pues si bien en los escritos se dice que se impugna el acuerdo de la Mesa de contratación de 30 de agosto, es en la reunión de 26 de septiembre de 2012, cuando la Mesa decide la exclusión de la oferta de la recurrente en los dos procedimientos.

Los recursos se interponen ante el órgano de contratación el día 5 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Tercero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto.- El motivo de ambos recursos es la exclusión de la empresa acordada por la Mesa de contratación, en su reunión de 26 de septiembre de 2012, por no haber presentado las evaluaciones certificadas por las empresas de medición de audiencias y por ello, no acreditar los datos aportados al Plan de medios.

La empresa recurrente solicita en ambos casos la anulación del acuerdo de exclusión y que se retrotraigan las actuaciones al momento de valoración de ofertas técnicas. Alega que la documentación aportada en su oferta contiene los datos exigidos en el PCAP puesto que la información esta extraída directamente de las fuentes indicadas por la propia administración, EGM y Kantar. Igualmente consta la herramienta oficial software utilizada para la extracción de la información avalada por la fuente. Considera que el órgano de contratación podría haber comprobado que la información procede de las fuentes citadas y que el defecto es puramente formal y deberían haberse considerado válidos los datos, recordando el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de primar el principio de concurrencia y consecución de la oferta más ventajosa económicamente.

Para el estudio del fondo de estos recursos, es necesario analizar el contenido de los PCAP, que es coincidente para los dos expedientes y la documentación aportada por el recurrente para acreditar el Plan de Medios.

El apartado 8 del Anexo I de ambos PCAP “*Criterios de adjudicación del contrato*” disponía, en cuanto al criterio de adjudicación de “*Calidad técnica (Plan de Medios)*”, que se valoraría según los criterios determinados en el Pliego, obteniendo la máxima puntuación el licitador que ofertase y acreditase los mayores valores en los conceptos del criterio y obteniendo el resto de licitadores la puntuación de manera proporcional.

Para acreditar el Plan de Medios, el apartado 9.1 del Anexo I, disponía que debería aportarse la documentación técnica requerida que recogería con total claridad la Planificación táctica pormenorizada de cada uno de los medios con los datos exigidos en cuanto a soportes, formatos, etc. y la Evaluación pormenorizada de cada uno de los medios, certificada por las empresas de mediciones (Kantar Media para televisión y EGM para medios gráficos (prensa y radio)) tomando como base las audiencias del trimestre anterior a la presentación de las propuestas en el caso de televisión e igualmente, en el resumen general de resultados publicado por EGM, en el caso de medios gráficos y radio.

Finalmente, concretaba que los licitadores que no presentasen el Plan de Medios con todas las especificaciones detalladas, quedarían excluidos de la licitación.

La Mesa de contratación, el día 30 de agosto de 2012, procede a la apertura del sobre número 2 que contiene la oferta económica, de la que da cuenta, y en las actas consta que: “*Acto seguido abre al documentación que contiene los criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas matemáticas encargando a la unidad promotora la evaluación de la misma*”.

En la reunión de 26 de septiembre, se presenta a la Mesa el informe de valoración de 12 de septiembre, elaborado por la Unidad promotora, sobre las proposiciones presentadas respecto del expediente 79/2012 y del informe de dicha

Unidad, de 19 de septiembre relativo al expediente 80/2012, cuyos contenidos asume y en base a los cuales resultan excluidas tres empresas en cada uno de los procedimientos y entre ellas las ofertas de la recurrente, todas por el mismo motivo, no haber presentado las evaluaciones certificadas por las empresas de medición de audiencias y que por ello, no pueden acreditar los datos aportados en el Plan de medios, al no contener las especificaciones requeridas en el punto 9.1 del Anexo I del PCAP.

La exclusión se publica en el perfil de contratante del día 27 de septiembre.

Quinto.- En el expediente consta la documentación aportada por la empresa PHD en la que presenta, respecto de la evaluación de medios en Prensa y Radio, unas fichas sobre datos en Prensa con gráfico de distribución de contactos, cuya fuente es EGM, y sobre evaluación de datos en Televisión, aporta otras fichas, igualmente con gráfico de distribución de contactos, cuya fuente es Kantar, obtenidos de las fuentes requeridas en los Pliegos, pero que no se encuentran certificados por EGM y Kantar.

Al escrito de interposición de los recursos la recurrente une certificados emitidos por ODEC Centro de cálculo y aplicaciones informáticas, S.A. a favor de PHD Media Spain, de fecha octubre de 2011, sobre cobertura del Plan de radio, sin que conste en los expedientes que fueran aportados con las ofertas, así como una ficha técnica, de 1 de octubre de 2012, firmada por Kantar con datos sobre planificación correspondientes a Telemadrid, 8 Madrid y La Otra.

Sexto.- Los PCAP según dispone el artículo 115 TRLCSP, contienen los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y los contratos se ajustarán al contenido de ellos cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. A su vez el artículo 145 dispone que las proposiciones deben ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por

el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

Los Pliegos tienen el carácter de ley del contrato que obligan a las partes y así se pronuncia la jurisprudencia, entre otras en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863) cuyo fundamento de derecho tercero dice: *“(...) si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2004, recurso de casación 7106/00 (RJ2004/5448), y de 24 de Enero de 2006, recurso de casación 7645/00).*

En este caso, los PCAP no fueron objeto de impugnación, aceptando el recurrente el contenido de la totalidad de dichas cláusulas. No obstante, debe advertirse, en relación con la exigencia de certificaciones, en este caso como criterio de adjudicación de calidad técnica, en el que se exigen certificaciones de EGM y Kantar Media, que se podría haber incluido en los PCAP la posibilidad de aceptar certificaciones emitidas por cualquier entidad que pudiese certificar la calidad requerida.

En cuanto a la posibilidad de subsanar, si bien como alega el recurrente la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiende a que en los procedimientos de adjudicación se logre la mayor concurrencia posible siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos, la subsanación de defectos en esta fase del procedimiento no se encuentra prevista en la normativa reguladora de la

contratación pública ya que el art. 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, solo prevé la subsanación de errores y omisiones respecto de los documentación administrativa del artículo 130.1 del LCSP, actual artículo 146 del TRCLCS.

No obstante, se encuentra también admitida la posibilidad de aclaraciones referidas a las proposiciones que ofrecen duda en su interpretación, siempre que éstas no supongan alteración de las condiciones ofertadas o subsanación de los defectos y omisiones de la proposición, pues en ese caso, se violarían los principios de transparencia y no discriminación entre los licitadores.

Los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos enunciados en el artículo 1 del TRLCSP son contrarios a un excesivo formalismo, siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. La Mesa de contratación, según el artículo 22.b) del citado Real Decreto 817/2009, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP y debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

La Sentencia del Tribunal General, de 10 de diciembre de 2010, en el asunto T-195/08 Antwerpse Buowwerken NV/Comisión Europea así como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comision, dictada en el asunto T-211/02, admiten la posibilidad de que aún cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate

sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones. No obstante esta posibilidad viene limitada a supuestos de errores materiales o ambigüedad que puedan explicarse de modo simple y disiparse fácilmente y no comporten modificación de la oferta.

El Tribunal observa que en los expedientes examinados no consta que con la documentación presentada se aportase la evaluación pormenorizada de cada uno de los medios Radio, Prensa y Televisión certificada por las empresas de mediciones Kantar Media para televisión y EGM para prensa y radio en los términos establecidos en el punto 9.1 del Anexo I del PCAP, tomando como base las audiencias del trimestre anterior a la presentación de las propuestas, en el caso de televisión, e igualmente en el resumen general de resultados publicado por EGM, en el caso de medios gráficos y radio. El PCAP disponía que si no se presentaba el Plan de Medios con todas las especificaciones detalladas, daría lugar a la exclusión de la licitación.

Por ello, se considera que la actuación de la Mesa de contratación fue ajustada a derecho, ya que no se producía un supuesto de aclaraciones por ambigüedad en la oferta, sino la presentación de nueva documentación.

Además, en esta fase, como prevé el artículo 83.6 del RGLCAP relativo a la apertura de proposiciones, antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la Mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas.

En el presente caso, el Tribunal aprecia que los PCAP de los dos contratos determinaban específicamente la documentación que se debía aportar para valoración del criterio calidad técnica y que la empresa recurrente, no había

impugnado los pliegos aceptando, por tanto, las condiciones y no presentó la documentación requerida.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don P.A.P. y Don F.P.A., en representación de la empresa PHD MEDIA SPAIN, S.L.U. contra el acuerdo de exclusión en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios para *“Difusión de una campaña de publicidad para prevención de la violencia de género dirigida a la ciudadanía madrileña orientada a implicarla en la lucha contra este fenómeno durante el año 2012, y para “Difusión de una campaña de publicidad sobre la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en los distintos ámbitos de la sociedad y favorecer actitudes que faciliten la flexibilidad laboral y la corresponsabilidad en la vida familiar en la Comunidad de Madrid durante el año 2012 cofinanciado por el Fondo Social Europeo, eje 2, tema prioritario 69 del programa operativo 2007-2013 con un porcentaje de 50%”* por considerar que la actuación de la Mesa de contratación se encuentra ajustada a derecho.

Segundo.- Dejar sin efecto la suspensión de la tramitación de ambos expedientes acordada por el Tribunal, en aplicación del artículo 46.3 del TRLCSP, el día 17 de octubre de 2012.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.