

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don G.A.F. y don E.L.C., en nombre y representación de la empresa Media Diamond, S.L., contra el Acuerdo de la Delegada del Área de Gobierno de Portavoz, Coordinación Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 16 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el lote 3 del Acuerdo Marco de servicios de mediación, inserción y asesoramiento de la difusión de la publicidad institucional, número de expediente: 180/2016/00357, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1, 3 y 10 de agosto de 2016, se publicó respectivamente en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid, en el DOUE y en el BOE, el anuncio de la convocatoria del Acuerdo Marco de servicios de mediación, inserción y asesoramiento de la difusión de la publicidad institucional, dividido en tres lotes, a adjudicar por procedimiento abierto, mediante pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 16.090.909,09 euros.

Segundo.- En el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

(PCAP) aparecen diferenciados los tres lotes en cuanto a los criterios de valoración y la aplicación a cada uno de ellos. Respecto del “*Lote 3: Campañas de ámbito internacional en las que todas las condiciones están previamente fijadas en el Acuerdo marco*” se establecen los siguientes:

Criterios valorables en cifras o porcentajes: hasta 100 puntos.

1. Mejor oferta económica....hasta 100 puntos.
 - 1.1 Descuento sobre tarifa por tipo medio.... hasta 90 puntos, explicándose a continuación la forma de calcular el descuento promedio y la ponderación que se otorga a cada tipo de medio (prensa, revistas, exterior, internet, resto).

Dentro de este apartado se determina que:

“Se considerará en principio como anormal o desproporcionada, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 25 unidades a la media aritmética de la media del conjunto de los descuentos de todas las proposiciones presentadas o de las bajas sobre los precios unitarios en su caso.

Para el cálculo de la baja media del conjunto de los descuentos, se calculará un promedio de los descuentos de cada tipo de medio ponderada por la puntuación máxima de cada tipo, de acuerdo a la siguiente fórmula”:

$$media_conjunto_descuentos = \frac{\sum_{i=1}^n x_i \times w_i}{\sum_{i=1}^n w_i}$$

- 1.2 Comisión de agencia (a excepción de Internet) ...hasta 5 puntos
- 1.3 Comisión de agencia para inserciones en Internet...hasta 5 puntos.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) por su parte establece en el apartado 2. Descripción y Características de los lotes, lo siguiente:

Lote 3.- Campañas de ámbito internacional en las que todas las condiciones están previamente fijadas en el Acuerdo Marco. Incluye las Acciones publicitarias tanto convencionales como especiales en medios y soportes de ámbito internacional (televisión, radio, prensa, revistas, cine, exterior e internet) en las que todos los términos están fijados. Este lote se adjudicará a un único licitador.

4. Características Técnicas de los medios:

Televisión

Prensa

Revistas, etc.

Dentro del apartado “Revistas”, se incluye la siguiente mención:

“En el lote 3, el descuento por formatos redaccional/contenidos es sobre las tarifas publicadas para este formato. En el caso de que no haya referencias en tarifa para este formato, habrá que aplicar el descuento de formato publicitario.

Las condiciones con los diferentes soportes se tienen que presentar según se detalla en cada uno de los apartados de la proposición económica. La ubicación de las inserciones siempre tendrá que ser en página impar independientemente del formato. A efectos de la oferta económica del licitador, se considerará el formato de contenidos como una página impar, aplicándose el mismo descuento.

Al respecto de la oferta que presente el adjudicatario en cuanto a los medios especializados o de nicho, se considerará como temeraria aquella oferta que en esta tipología de medio esté por encima del 40% de descuento sobre precio tarifa”.

Esta última previsión consta en el Anexo I del PCAP, exclusivamente respecto del lote 1.

Tercero.- A la licitación del lote 3 se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente.

Tras realizarse los trámites oportunos, el día 14 de octubre de 2016, se reúne la Mesa de Contratación en la que, entre otras cuestiones, se da cuenta de la

valoración de las ofertas presentadas al lote 3, concluyendo que la que ha obtenido mayor puntuación ha sido Irismedia, siendo clasificada en segundo, lugar Ymedia y en tercer lugar Diamond, proponiendo la adjudicación a favor de Irismedia.

Cuarto.- Mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Portavoz, Coordinación de la Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno, de 16 de noviembre se adjudica el lote 3 del Acuerdo Marco a la entidad Irismedia Agencia de Medios, S.L., al haber resultado la oferta económicamente más ventajosa, notificándose el mismo a los demás licitadores con fecha 18 de noviembre de 2016.

Quinto.- Con fecha 22 de noviembre de 2016, se presenta ante el órgano de contratación, escrito formulando recurso especial en materia de contratación, contra el Decreto de adjudicación de 16 de noviembre de 2016, respecto del lote 3. El recurso había sido anunciado en esa misma fecha.

El recurso alega que la oferta presentada por la adjudicataria y la presentada por la entidad clasificada en segundo lugar, se encuentran incursas en el supuesto de baja anormal o desproporcionada puesto que *“Si atendemos al pliego de prescripciones técnicas en el Lote 3, en cuanto a los medios especializados o de nicho, específicamente, establece para este tipo de formatos lo siguiente:*

“En el lote 3, el descuento por formatos redaccional/contenidos es sobre las tarifas publicadas para este formato. En el caso de que no haya referencias en tarifa para este formato, habrá que aplicar el descuento de formato publicitario.

Las condiciones con los diferentes soportes se tienen que presentar según se detalla en cada uno de los apartados de la proposición económica. La ubicación de las inserciones siempre tendrá que ser en la página impar independientemente del formato de contenidos como una página impar, aplicándose el mismo descuento.

Al respecto de la oferta que presente el adjudicatario en cuanto a los medios especializados o de nicho, se considerará como temeraria aquella oferta que en esta tipología de medio esté por encima del 40% de descuento sobre precio tarifa”. Por lo tanto, si tenemos en cuenta el descuento sobre tarifa para este tipo de medios ofertado por la empresa adjudicataria, la sociedad IRISMEDIA AGENCIA DE

MEDIOS, S.L., observamos que para dicho ámbito, según consta en el Acta de resolución, notificada a esta parte, la propuesta de IRISMEDIA está muy por encima de dicho porcentaje de descuento (40%) sobre precio tarifa, incumpliendo lo establecido en el Pliego de prescripciones técnicas”.

En consecuencia, considera que existe un motivo de exclusión de ambas empresas, añadiendo que en todo caso al haberse producido el supuesto de baja desproporcionada, debería haberse seguido en procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP y solicitar la oportuna justificación antes de proceder a la adjudicación. Por ello solicita que se deje sin efecto la adjudicación recaída y excluyendo a Irismedia Agencia de Medios, S.L., y a Inteligencia y Media, S.A., se proceda a adjudicar el lote 3 del Acuerdo Marco a la recurrente.

Sexto.- El día 12 de diciembre de 2016, el órgano de contratación remite al Tribunal el recurso, una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. Se alega que *“Es el Anexo I del PCAP, donde se concretan y diferencian para cada uno de los lotes, los criterios de adjudicación (apartado 22 del Anexo 1 antes transcrito) y las condiciones en que, para cada lote, se incurre en baja anormal o desproporcionada, estableciéndose por el órgano de contratación la consideración de baja anormal o desproporcionada, solamente para los lotes 1 y 3 (en el lote 2, lote al que también presentó su oferta la recurrente y en el que no resultó tampoco adjudicatario, no se establece) en el PCAP(...) En conclusión, el criterio de baja anormal o desproporcionada para el caso de las revistas especializadas o de nicho no se establece para el lote 3, pues en caso de haberse establecido, se hubiera puesto en el Anexo I del PCAP expresamente y, se hubiera seguido el procedimiento descrito en el Art. 152 del TRLCSP como se hizo en el Lote 1 del presente contrato”.*

Séptimo.- Con fecha 14 de diciembre de 2016, el Tribunal acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación.

Octavo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de

interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Transcurrido el plazo ha presentado escrito de alegaciones la empresa Irismedia, Agencia de Medios, S.L., en el que, en síntesis, argumenta que las ofertas de Irismedia y de Ymedia al lote 3, no se encuentran incursas en baja desproporcionada pues la recurrente hace una interpretación errónea de los Pliegos transcribiéndolos en su recurso de forma parcial y sesgada, por lo que debe desestimarse, manteniéndose la Resolución de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Media Diamon, S.L., para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*, ya que aparece clasificada en tercer lugar y pide la exclusión de las dos primeras, por lo que de estimarse el recurso, puede obtener el beneficio de ser adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto de adjudicación impugnado fue notificado el día 18 de noviembre, interpuesto el recurso el 22 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la adjudicación de un Acuerdo Marco de servicios sometido a regulación armonizada, por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega por la recurrente que las ofertas de la adjudicataria y la segunda clasificada, al haber ofertado descuentos en el apartado revistas superiores al 40% debían haberse considerado incursas en el supuesto de temeridad, según lo establecido en el PPT y haber sido excluidas o al menos haberse exigido justificación a la primera clasificada antes de proponerla como adjudicataria.

El 152.2 del TRLCSP, establece que *“cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (...)”*. En ese caso, el apartado 3 del artículo 152 del TRLCS, regula el procedimiento contradictorio a seguir para la comprobación de la oferta.

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, aplicando a su vez la doctrina de los órganos consultivos en materia de contratación, vienen considerando que cuando para la adjudicación se consideren varios criterios, como en este caso, la apreciación de que una proposición es anormalmente baja, se exige que el pliego haya establecido los criterios para apreciar que la oferta podría ser anormal o desproporcionada. Se trata de una posibilidad que tiene el órgano de contratación resultante de la utilización del facultativo *“podrá”* que se utiliza en el artículo 152, lo cual se diferencia del carácter obligatorio, por lo que si los pliegos no indican los parámetros objetivos en función de los cuales se medirá que la proposición no puede ser cumplida por considerar que contiene valores anormales o desproporcionados, no procede la obligación de tramitar el procedimiento contradictorio a que se refiere para determinar la viabilidad

de la oferta. En este mismo sentido se han pronunciado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 96/2013 de 6 de marzo, Resolución 274/2011, de 26 de noviembre y el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado también considera que el único requisito que el legislador impone a la aplicación de criterios objetivos para la apreciación del carácter anormal de la oferta es que se haya expresado en el PCAP, sin que cuando se trate de un procedimiento con pluralidad de criterios resulte aplicable el artículo 85 del RGLCAP por así disponerlo el artículo 90 del mismo (Informe 58/08, de 31 de marzo de 2009).

En este caso el PCAP que rige el procedimiento objeto de recurso, recoge expresamente para cada lote unos parámetros objetivos en virtud de los cuales se apreciará que una proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Respecto del lote 3 el parámetro, como ya se ha indicado, es *“la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 25 unidades a la media aritmética de la media del conjunto de los descuentos de todas las proposiciones presentadas o de las bajas sobre los precios unitarios en su caso”*.

De la redacción anterior se deduce que no se ha contemplado la posibilidad de existencia de una baja desproporcionada respecto de la oferta de descuentos en un medio concreto sino que se refiere a la oferta global. El problema estriba, en este caso en el PPT, que se refiere a un criterio para considerar una oferta incurso en baja anormal o desproporcionada, dentro de la descripción técnica del medio *“revistas”*.

Conviene recordar que el contenido del PCAP y del PPT viene determinado en los artículos 67 y 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

El artículo 67 establece que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contendrá, entre otros extremos, los criterios para la adjudicación del contrato por orden decreciente de importancia y su ponderación y, en su caso, los criterios objetivos que se tendrán en cuenta que serán valorados para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada temeraria o desproporcionada. Por otro lado, el artículo 68, relativo a los Pliegos de Prescripciones Técnicas, establece que contendrán esencialmente las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato.

Por lo tanto es el PCAP el que debe incluir los criterios establecidos para considerar que una oferta incurre en temeridad y no el PPT.

En el supuesto analizado sin embargo, nos encontramos en primer lugar que el PPT introduce los criterios de adjudicación, si bien parece que se refieren solo al lote 2.

Igualmente, al referirse a las características de los diferentes medios y únicamente en el apartado revistas, introduce un criterio de temeridad que en el PCAP solo ha sido contemplado para el lote 1 y además con una redacción confusa que puede llevar a pensar que se está refiriendo al lote 3 o incluso a todos los lotes.

Esta deficiente técnica de redacción de los Pliegos que, evidentemente, puede provocar la confusión de los licitadores, debe resolverse considerando que prevalece lo dispuesto en el PCAP ya que es el documento en el que deben constar, como se ha indicado, los criterios objetivos que se van a tener en cuenta para considerar si una oferta está incurso en baja anormal o desproporcionada.

Si en el Anexo I del PCAP se contempla para el lote 3 una previsión de que incurre en temeridad *“la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 25 unidades a la media aritmética de la media del conjunto de los descuentos de todas*

las proposiciones presentadas o de las bajas sobre los precios unitarios en su caso”, hay que entender que esa es la disposición determinante.

En consecuencia, en este caso, en el que únicamente se discute si la aplicación de un descuento superior al 40% en el medio revistas, supone incurrir en baja anormal o desproporcionada y habiéndose concluido que no es así, según el PCAP, debe concluirse que la Mesa actuó correctamente y procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 contra el Acuerdo de la Delegada del Área de Gobierno de Portavoz, Coordinación Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 16 de noviembre de 2016, por el que se adjudica el lote 3 del Acuerdo Marco de servicios de mediación, inserción y asesoramiento de la difusión de la publicidad institucional.

Segundo.- 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.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión mantenida por el Tribunal en su reunión de 14 de diciembre de 2016.

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.