



Recurso nº 993/2018 C.A. Illes Balears 71/2018

Resolución nº 1187/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. P. M. S. M., en nombre y representación de NOVA TELEVISIÓ, S.A., contra la “*adjudicación*” de la licitación convocada por la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Illes Balears, para contratar el “*servicio para la ejecución de los contenidos de comunicación y publicitarios del Govern de les Illes Balears (Exp CONTR 2018/2554)*”, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 29 de mayo de 2018 se publica en la Plataforma de Contratación del Estado, y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de la licitación del contrato de servicio para la ejecución de los contenidos de comunicación y publicitarios del Govern de les Illes Balears, expediente CONTR 2018/2554.

En contrato, calificado como de servicios, referencias 79961000, servicios de fotografía, 79961300, servicios especializados de fotografía y 92111000, servicios de producción de películas de cine y vídeo, tiene un valor estimado de 986.727,00 euros, licitándose por procedimiento abierto y siendo de tramitación ordinaria, adjudicándose por varios criterios de adjudicación.

En cuanto al presupuesto base de licitación, señala la cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), por lo que aquí importa, lo siguiente

“7.1 El presupuesto base de licitación, definido de acuerdo con el artículo 100 de la LCSP como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano

de contratación, incluido IVA, es de 568.542,70 € (469.870 € + 98.672,70 € en concepto de IVA).

Este presupuesto incluye el presupuesto máximo para las acciones de calle que es de 9.075 € por acción, con un máximo de 36.300 €, IVA incluido en ambos casos.

El gasto efectivo estará condicionado por las necesidades reales de la Administración, que, por lo tanto, no queda obligada a ejecutar una determinada cantidad de unidades, ni a gastar la totalidad del importe indicado.

7.2 El precio del contrato se formula por precios unitarios, que se corresponden con los precios de cada uno de los productos que se contratan, excepción hecha de las acciones de calle, en las que el precio se fija a partir del porcentaje de beneficio sobre el coste del producto.”

La cláusula 7.3 del PCAP fija los precios unitarios de licitación como precios máximo unidad.

En cuanto a los criterios de adjudicación, señala el PCAP en el clausula 14 lo siguientes.

“14.1 La adjudicación del contrato se articula en dos fases, siendo necesario superar la primera fase para acceder a la segunda. La puntuación mínima necesaria para superar la primera fase es de 30 puntos.

14.2 Los criterios de adjudicación que servirán de base para la adjudicación del contrato, son los siguientes:

<i>Criterios</i>	<i>Puntos</i>
<i>Fase 1</i>	
<i>Criterio 1. Calidad de los trabajos</i>	<i>50</i>
<i>Fase 2</i>	
<i>Criterio 2. Oferta económica</i>	<i>40</i>
<i>Criterio 3. Compromiso de transformar en indefinidos los contratos del personal que tenga que ejecutar el contrato, en el caso de que sean temporales.</i>	<i>4</i>
<i>Criterio 4. Incremento del número de productos</i>	<i>3</i>
<i>Criterio 5. Incremento del número de coberturas en otras islas</i>	<i>3</i>

La forma de evaluar las proposiciones es la siguiente:

14.3.1 Criterio 1. Calidad de los trabajos. Este criterio se divide en dos subcriterios:

a) Subcriterio 1.1: Integrado por los materiales sujetos a formar parte de una misma campaña publicitaria o comunicativa, con una puntuación máxima de 22 puntos.

Este subcriterio valora la coherencia y coordinación de piezas sobre el mismo tema en los diferentes soportes (adaptación de una misma idea a los diferentes medios). De forma específica, para cada producto se valorarán de forma individual los siguientes aspectos:

— Piezas gráficas

- Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos

- Coherencia entre el mensaje y el objetivo comunicativo: 2 puntos

- Equilibrio de los elementos visuales: 2 puntos

- Innovaciones técnicas y artísticas utilizadas: 2 puntos

— Spots

- Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos

- Coherencia entre el mensaje y el objetivo comunicativo: 2 puntos

- Equilibrio de los elementos visuales: 2 puntos

- Innovaciones técnicas y artísticas utilizadas: 2 puntos

— Cuñas de radio

- *Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos*

- *Coherencia entre el mensaje y el objetivo comunicativo: 2 puntos*

- *Claridad del mensaje: 2 puntos*

Dado que se solicitan tres (3) muestras de piezas gráficas, para obtener la puntuación en este caso, se valorará individualmente cada ejemplo de acuerdo con los ítems indicados y se hará la media aritmética dividiendo la suma de los puntos otorgados por el número de ejemplos solicitados.

b) Subcriterio 1.2: Integrado por los materiales que pueden existir sin necesidad de formar parte de una campaña publicitaria o comunicativa, con una puntuación de 28 puntos.

Cada pieza o producto se valorará de la manera siguiente:

— *Fotografías*

- *Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos*

- *Equilibrio de los elementos visuales: 2 puntos*

- *Innovaciones técnicas y artísticas utilizadas: 2 puntos*

— *Fotoinfografías*

- *Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos*

- *Coherencia entre el mensaje y el objetivo comunicativo: 2 puntos*

- *Claridad del mensaje: 2 puntos*

- *Equilibrio de los elementos visuales: 2 puntos*

— *Video-cápsulas*

- *Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos*
- *Coherencia entre el mensaje y el objetivo comunicativo: 2 puntos*
- *Equilibrio de los elementos visuales: 2 puntos*
- *Innovaciones técnicas y artísticas utilizadas: 2 puntos*

— *Cortometrajes*

- *Originalidad de la propuesta y notoriedad; esto es, la capacidad de captar la atención de los destinatarios: 2 puntos*
- *Calidad del guión y coherencia narrativa: 2 puntos*
- *Innovaciones técnicas y artísticas utilizadas: 2 puntos*

Dado que se solicita más de una muestra por cada categoría —fotografías, fotoinfografías, vídeo-cápsulas y cortometrajes—, se valorará individualmente cada ejemplo de producto de acuerdo con los ítems indicados y se hará la media aritmética dividiendo la suma de los puntos otorgados por el número de ejemplos solicitados en cada caso.

14.3.2 Criterio 2. Oferta económica

<i>La oferta económica tiene una puntuación máxima de 40</i>	<i>Producto</i>	<i>puntos</i>
<i>Productos de ejecución periódica</i>	<i>Fotografías</i>	<i>1</i>
	<i>Vídeos</i>	<i>3</i>
<i>Productos de ejecución no periódica</i>	<i>Fotoinformografías</i>	<i>2</i>
	<i>Ilustraciones</i>	<i>1</i>
	<i>Spots (y subproductos derivados)</i>	<i>5</i>
	<i>Cortometrajes (y subproductos derivados)</i>	<i>5</i>
	<i>Video-cápsulas (y subproductos derivados)</i>	<i>2</i>
	<i>Creación pieza gráfica (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Adaptación piezas papel (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Banners (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Adaptación banners (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Carteles para exterior (maquetación)</i>	<i>2</i>
	<i>Adaptación vallas (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Adaptación opi (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Adaptación parte posterior autobús (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Folleto (maquetación)</i>	<i>1</i>
	<i>Adaptación redes</i>	<i>1</i>
	<i>Productos sonoros (cuñas)</i>	<i>2</i>
	<i>Acciones de calle</i>	<i>3</i>
<i>Impresión y traslado publicitado exterior</i>	<i>Carteles</i>	<i>1</i>
	<i>Folleto</i>	<i>1</i>
	<i>Opis</i>	<i>1</i>
	<i>Vallas</i>	<i>1</i>
	<i>Autobús</i>	<i>1</i>

Cada precio ofrecido se evaluará individualmente de acuerdo con la fórmula siguiente:

$$(PB - On)/(PB - Ob) * P$$

PB: Precio unitario de licitación

Dónde: Precio de la oferta

Ob: Mejor oferta presentada

P : Puntuación máxima otorgada al producto

Una vez aplicada la fórmula en cada producto se hará un sumatorio final para obtener la puntuación total de este criterio.

14.3.3 Criterio 3. Compromiso de transformar en indefinidos al personal que tenga que ejecutar el contrato en caso de que sean temporales.

Se valorará hasta un máximo de 4 puntos el compromiso de transformar en indefinidos los contratos del personal que tiene que ejecutar el contrato, en caso de que sean temporales, de acuerdo con la distribución siguiente: 1 punto por cada contrato indefinido.

14.3.4 Criterio 4. Ampliación del número de productos sin contraprestación para la Administración.

Se otorgarán 2,25 puntos a la oferta que presente un incremento más alto en el número de vídeos de ejecución periódica sin ningún coste para la Administración y 0,75 puntos a la que ofrezca un incremento más alto en el número de fotografías de ejecución periódica sin ningún coste para la Administración.

En cada caso, el resto de ofertas se valorará de acuerdo con la fórmula siguiente:

*Puntuación ofrecida $Y = (\text{incremento oferta } Y / \text{incremento oferta más alta}) * n$*

Siendo:

Y: la oferta que se valora

n: la puntuación que corresponda en cada caso.

14.3.5 Criterio 5. Ampliación del número de coberturas en otras islas sin contraprestación para la Administración.

Se otorgarán 3 puntos a la oferta que presente el máximo aumento en el número de coberturas en cualquier isla del archipiélago, distinta a Mallorca; el resto de ofertas se valorará de acuerdo con la fórmula siguiente:

*Puntuación ofrecida Y= (incremento oferta Y/incremento oferta más alta)*3*

14.4 Obtenida la puntuación con respecto a cada uno de los criterios de todas las ofertas presentadas se sumará la puntuación total de cada una de ellas, resultando seleccionada la que obtenga mayor puntuación.

14.5 En el supuesto en que se produzca igualdad en las proposiciones desde el punto de vista de los criterios que sirven de base para la adjudicación, la propuesta de adjudicación se realizará a favor del licitador que acredite que cuenta con un plan de igualdad previamente visado por el Instituto Balear de la Dona o con el distintivo empresarial, o bien la acreditación equivalente en materia de igualdad, expedido por el órgano competente estatal o autonómico, de conformidad con la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

En defecto de esto o cuando persista la igualdad, la propuesta de adjudicación se realizará a favor del licitador que acredite que cuenta con un mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de la empresa. Si este criterio no es suficiente, la propuesta se efectuará a favor de la proposición de la empresa que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tenga en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad, superior a lo que impone la normativa.”

Segundo. Vencido el termino de presentación de las ofertas entre los licitadores se encuentra NOVA TELEVISIÓN, S.A.

El 3 de julio 2018 la mesa examina los sobres que contienen la documentación acreditativa de la capacidad para contratar y la solvencia de los licitadores, concediendo plazo de subsanación de defecto a uno de aquellos.

El 5 de julio 2018 la mesa examina la documentación de subsanación de defectos admitiendo a todos los licitadores, seguidamente se procede a la apertura de los sobres

que contienen la parte de la oferta relativa a los criterios dependiente de juicio de valor y a su lectura, a la vista de la oferta presentadas solicita informe técnico sobre el contenido de las ofertas de las empresas en cuanto al número y tipología de ejemplos presentados, de acuerdo con lo que dispone la cláusula 18.1.2 del PCAP.

El 10 de julio, a la vista del informe técnico la mesa acuerda no valorar a la empresa Cinética Produccions S. L. en el criterio 1 (subcriterio 1 y subcriterio 2), no acceder a los archivos visuales y sonoros correspondientes al spot y a la cuña de radio del subcriterio 1 aportados por la UTE DKANS Pensant Produccions, S. L.–Imprenta Bahía S. L., no acceder a los archivos visuales y sonoros correspondientes al spot y a la cuña de radio del subcriterio 1 aportados por Nova Televisió S. A., encargar al servicio promotor del contrato que evalúe los productos presentados de acuerdo con el PCAP y elabore un informe que sirva de asesoramiento a la mesa para valorar las ofertas.

El 27 de julio la mesa hace suyo el informe de valoración, con la siguiente puntuación, Cinética Produccions S. L., no se valora, Mediaproducción S. L. U. 31,56 puntos, UTE DI7 S.L.—Mallorca Vídeo Servicios Audiovisuales S. L. 31,4 puntos, Nova Televisió S. A., 31 puntos, y UTE DKANS Pensant Produccions S. L.– Imprenta Bahía S. L. 8,03 puntos.

Seguidamente se procede a la lectura de las ofertas correspondientes a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, solicitando informe de valoración.

El 3 de agosto la mesa fija la valoración de los criterios evaluables mediante fórmula, con la siguiente puntuación, UTE DI7 S. L.—Mallorca Vídeo Servicios Audiovisuales S. L. 37,58, Mediaproducción S. L. U. 17,91 puntos, Nova Televisió S. A. 16,98.

Sumadas las puntuaciones obtenidas en todos los criterios la mesa ordena las ofertas de mayor a menor puntuación, 1. UTE DI7 S. L.-Mallorca Vídeo Servicios Audiovisuales S. L. 68,98, 2. Mediaproduccion S. L. U. 49,47, y 3. Nova Televisió S. A. 47,98, proponiendo como adjudicatario a UTE DI7 S. L.—Mallorca Vídeo Servicios Audiovisuales S. L.

Posteriormente, el 22 de agosto 2018, la mesa acuerda rechazar la oferta económica previamente admitida de Mediaproduccion S. L. U. por exceder del presupuesto base de

licitación, corrigiendo la clasificación que queda así 1. UTE Di7 S. L.-Mallorca Vídeo Servicios Audiovisuales S. L. 68,98, 2. Nova Televisió S. A. 47,98.

El 30 de agosto de 2018 se adjudica el contrato, y se remite notificación a NOVA TELEVISIÓ S. A. de fecha 31 de agosto, de la que no consta la fecha de su envío por correo postal, constando su entrega el 11 de septiembre. La resolución de adjudicación contiene pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 21 de septiembre de 2018, tiene entrada en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acto de adjudicación de NOVA TELEVISIÓ S. A., con el siguiente *petitum*:

“Se ANULE LA ADJUDICACIÓN EFECTUADA A LA UTE Di7 SL y Mallorca Video Servicios Audiovisuales SL y como consecuencia de ello, de conformidad con los términos del art. 57 LCSP, así como de los arts. 47 y 48 de la LPACAP, ordene:

1º.- La exclusión de la empresa UTE Di7 SL y Mallorca Video Servicios Audiovisuales SL a la que ha sido adjudicado ilegítimamente el contrato, y la consiguiente adjudicación de éste a la siguiente empresa con mayor puntuación de las admitidas.

Subsidiariamente

2º.- La retroacción de actuaciones al momento anterior a la valoración del criterio núm. 2 de la fase 2, con exclusión de la oferta presentada por la UTE Di7 SL y Mallorca Video Servicios Audiovisuales SL, en cuanto que inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente desproporcionada y contraria al principio de igualdad y no discriminación, previa tramitación del procedimiento que establece el art. 149 de la LCSP.”

Igualmente solicita la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación el 26 de septiembre, remite a este Tribunal el recurso, el expediente de contratación y su informe.

Quinto. La Secretaria del Tribunal, el 28 de septiembre, da traslado a los demás licitadores de los recursos para que en el plazo legalmente señalado formulen alegaciones, haciendo uso de tal facultad Di7 S.L. en unión de Mallorca Video Servicios Audiovisuales, S.L.

Sexto. La Secretaria por delegación del Tribunal, el 4 de octubre, acuerda mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de 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 (LCSP)

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y la cláusula tercera del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales, suscrito el 29 de noviembre de 2012, y publicado en el BOE de 19 de diciembre de 2012, al ser el contratante un órgano de la Administración de aquella Comunidad Autónoma.

Esto no obstante, existe un límite a nuestra competencia. Hemos reiterado innumerables veces que este órgano sólo tiene una función revisora de la validez de los actos impugnados, por lo que, de reputarlos inválidos, así lo declara y ordena la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al vicio advertido, pero en modo alguno sustituye en sus competencias al órgano de contratación; por ello no compete a este Tribunal realizar, de estimar el recurso, formular la adjudicación, rechazando por tanto tal pretensión, sin perjuicio de examinar la validez del acto recurrido.

Segundo. Hemos de examinar la legitimación de la recurrente.

El artículo 48 de la LCSP establece que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso la recurrente, licitadora clasificada en segundo lugar en el procedimiento que, de prosperar su recurso, podría resultar adjudicataria, tiene interés legítimo en recurrir la adjudicación, estando pues legitimada para ello.

Tercero. Se recurre la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado excede de los 100.000,00 euros. El acto es pues recurrible conforme al artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Cuarto. El acto recurrido se notificó, incumpliendo el artículo 151.3 y la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, mediante correo postal, no constando la fecha cierta de remisión de la notificación aunque si la de su recepción por el notificado, el 11 de septiembre, y el recurso se interpuso ante el órgano de contratación, el 21 de septiembre de 2018.

El artículo 50.1.d) de la LCSP preceptúa.

“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: (...)

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

La disposición adicional decimoquinta, apartado 1 de la LCSP, establece.

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

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

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

Por su parte el artículo 51.3 de la LCSP dispone.

“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

Visto los anteriores preceptos, habiéndose incumplido la obligación de notificar por vía electrónica y la fecha cierta de remisión de la notificación, por lo que el *dies a quo* se computa desde la recepción de la notificación por el interesado, al no haberse efectuado en sede electrónica o en una dirección de correo electrónico habilitada, por lo que, conforme al cómputo de plazo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el recurso ha sido presentado en tiempo y forma.

Quinto. Los argumentos del recurso son los siguientes.

Falta de motivación en la notificación de la adjudicación, afirmando así mismo falta de motivación también en el informe de valoración de los criterios evaluables mediante fórmula.

Que las propuestas presentadas en los criterios evaluables mediante fórmula por los licitadores, en cuanto al criterio dos, en los distintos productos en que éste se desglosa, no podían ser sin coste para la Administración contratante, pues así se desprende del PCAP, así sostiene la imposibilidad de que la ofertas presentadas en cuanto al criterio 2 sea cero (0) en 14 de los 24 productos en que éste se desglosa, pues ningún sentido tiene que en el PCAP, en los criterios 4 y 5 sea valorada la ampliación del número de productos y la cobertura en otras islas sin contraprestación, pues de este modo carecen de sentido tales mejoras de los licitadores sin coste para la Administración, por lo que debió inadmitirse la oferta, por lo que el adjudicatario debió ser excluido.

Inexistencia de fijación en el PCAP de los criterios que permiten presumir la existencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

De contrario el órgano de contratación aduce lo siguiente.

En cuanto a la falta de motivación de la resolución, si bien es cierto que la notificación de la adjudicación no contiene la información sobre las distintas propuestas en los términos del artículo 151 LCSP, los licitadores han tenido acceso en la plataforma de contratación a todos los informes y actas a partir de las cuales se ha formado la voluntad del órgano de contratación. El oficio de notificación de la resolución de adjudicación incluye la mención expresa a los informes de evaluación como motivadores de la resolución. De ahí que los licitadores hayan tenido conocimiento puntual de las decisiones adoptadas por la mesa y de los motivos que han sustentado esas decisiones.

En cuanto a la falta de motivación del informe de valoración de la oferta económica, aunque el cuerpo del informe se circunscribe a recoger los criterios, las fórmulas de aplicación y la puntuación asignada a cada licitadora, no es menos cierto que se acompaña de un anexo en el que se recogen todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por las empresas, y el resultado de aplicar la fórmula a cada uno de los precios. Además se trata de aplicar estrictamente una fórmula matemática sin que sea necesario ningún ejercicio intelectual previo a esa aplicación.

Sobre la inclusión de parámetros objetivos de identificación de ofertas anormales, aun cuando pudiera compartirse la opinión de que el artículo 149.2 de la LCSP parece decantarse por la obligación de contemplar en los pliegos los parámetros objetivos que deben permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, su ausencia en el PCAP debería haberse denunciado en momento procedimental anterior; esto es, al tiempo de la licitación, pues la presentación de la oferta por parte de los licitadores supone la aceptación incondicional de los pliegos, que no podrán ser impugnados excepto que concurra causa de nulidad.

Entiende la recurrente que del pliego de cláusulas administrativas particulares se desprende que la propuesta económica de los distintos productos no podían ser sin coste —gratuitos— para la administración contratante, de lo que concluye que las ofertas a precio

0 constituyen un incumplimiento del PCAP. En todo caso, hay que decir que el pliego de cláusulas administrativas no prohíbe la presentación de ofertas con precio 0, ni tampoco anuda sanción alguna en cuanto a puntuación para aquellas ofertas que presenten precio cero, razón por la cual es de entender que no se ha producido ninguna infracción de los pliegos que rigen la licitación.

Así si el pliego de cláusulas administrativas particulares no sanciona la presentación de ofertas a precio 0, y que la posibilidad de que la Administración pueda admitir ofertas a precio 0 está reconocida por diversos tribunales, que han admitido un concepto amplio de onerosidad y han reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato.

Siendo pues que el presupuesto de licitación es de 469.870 € y que el presupuesto de las unidades ofrecidas a precio cero es de 28.830 €, la relación en términos porcentuales entre una cantidad y otra es de un 6,13 %. Esta cantidad es escasamente significativa y puede entenderse retribuida con cargo al resto de precios de los productos a ejecutar.

La adjudicataria en sus alegaciones coincide sustancialmente con lo manifestado por el órgano de contratación.

Sexto. Abordaremos sucesivamente cada una de las cuestiones planteadas.

Por lo que se refiere a la motivación de la notificación y el acto de adjudicación, ya hemos señalado reiteradamente (por todas Resolución 239/2011), que la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de modo que la falta de motivación de la notificación es por completo diferente de la motivación del acto notificado, de manera que éste puede estar suficiente y adecuadamente motivado sin estarlo su notificación.

De otro lado la suficiencia de la motivación de la notificación tiene una íntima conexión con el derecho de defensa, como pone de manifiesto el artículo 151.2 de la LCSP cuando señala que la notificación deberá *“contener la información necesaria que permita a los*

interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”

También hemos tenido la oportunidad de señalar que no basta, para anular el acto y retrotraer las actuaciones, con que la notificación incumpla el contenido exigido a la notificación por el artículo 151.2 de la LCSP pues es preciso que la indefensión sea material, de modo que cuando el licitador tiene acceso a los actos en que se fundamenta la decisión, singularmente al informe de valoración, obtiene la información necesaria que le permita interponer recurso suficientemente fundado, de modo que el vicio formal en la notificación es una mera irregularidad no invalidante.

El presente caso las actas de la mesa y los informes de valoración han estado disponibles para el licitador a través del Perfil del Contratante, basta con leer el recurso para evidenciar que la recurrente efectivamente los ha conocido, discute tales documentos, con lo que no ha habido indefensión alguna al haber tenido a su disposición la información necesaria para interponer recurso suficientemente fundado contra la adjudicación.

Tampoco es atendible la alegación de supuesta falta de motivación del informe de valoración de los criterios evaluables automáticamente o mediante formula.

Como también hemos puesto de manifiesto en diversas ocasiones la motivación exigible a la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor no es equiparable a la exigible a la valoración de los criterios que se evalúan ya automáticamente ya mediante formula.

Ello es así porque los criterios evaluables mediante juicio de valor exigen un examen técnico que no puede efectuar cualquiera, sino solo expertos con conocimiento en la materia, por lo que su valoración –amparada en la discrecionalidad técnica– exige un plus de motivación que permita al licitador recurrente fundar su recurso. Esto no ocurre con los criterios evaluables automáticamente o mediante formula, criterios que permiten comprobar la certeza o error en la valoración a cualquiera, por la mera aplicación de la regla o patrón consignado en el PCAP, sin necesidad de auxilio de expertos, de modo que puede valorarlos directamente la mesa –siendo cosa distinta que pida que esa actividad material de aplicación de la formula o patrón la realicen otros, y lo denomine impropia-

como “informe”–; así al igual que puede la mesa aplicar la formula puede hacerlo el licitador recurrente, teniendo datos suficiente con el contenido de las ofertas y el resultado de la valoración, que le permiten comprobar si se ha producido o no error en la aplicación de la formula y, por tanto, para interponer el recurso.

En fin la falta de motivación en la resolución y su notificación debe ser desestimada.

Antes de entrar en la siguiente alegación principal, hemos de examinar la que de pasada formula la recurrente de no haberse incluido en el PCAP de los parámetros objetivos que deberían permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal o desproporcionada.

El artículo 149.2 de la LCSP dispone lo siguiente.

“La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

a) Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.

b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.”

El precedente TRLCSP solo imponía como exigible la aplicación del procedimiento de apreciación de la viabilidad de la oferta cuando se hubiera formulada en términos que la hacen anormalmente baja cuando el único criterio de adjudicación fuese el del precio, dejando a la voluntad del órgano de contratación la introducción en el pliego de los parámetros objetivos que permitiesen identificar los casos en que una oferta se considerase anormal cuando de la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación se tratase.

Sin embargo, la nueva LCSP impone, mediante el empleo del verbo deber, establecer dichos parámetros objetivos cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación, ya sometido a un solo al criterio del precio ya a varios, pues es obligación del órgano de contratación apreciar la viabilidad de la oferta.

Coincidiendo en esto con el TRLCSP, la nueva LCSP establece en el caso de que el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en el pliego, la aplicación de los parámetros objetivos establecidos reglamentariamente, y en el caso de que los criterios sean varios, solo permite que los parámetros aplicables se fijen en el pliego, de modo que de no hacerlo el pliego, no es posible acudir a los parámetros establecidos reglamentariamente.

Así las cosas –como reconoce el propio órgano de contratación en su informe–, el PCAP incumplió la LCSP al impedir identificar las ofertas incursas en presunción de anormalidad, sin que, como parece dar a entender la recurrente en su escrito, sean aplicable las disposiciones reglamentarias para suplir la omisión, al ser el procedimiento de adjudicación por varios criterios de adjudicación y no solo por el precio.

Lo cierto es que el vicio ahora denunciado no fue impugnado cuando el licitador debió hacerlo, antes de presentar su oferta, pues al presentarla aceptó incondicionadamente y sin reserva alguna el PCAP (artículo 139.1 LCSP), por eso señala el artículo 50.1.b) de la LCSP que *“con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación*

correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Es por tanto preciso determinar si la vulneración del artículo 149.2 de la LCSP es o no un supuesto de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 39 de la LCSP, que remite a su vez al artículo 47.1 de la LPACAP.

Ha de señalarse que la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo la regla la anulabilidad frente a la nulidad.

Pues bien, el incumplimiento en el PCAP de lo dispuesto por el artículo 149.2 de la LCSP no encaja en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la LPACAP, siendo antes bien una infracción del ordenamiento jurídico que determina un defecto de forma en el procedimiento de adjudicación que hace que el acto de adjudicación carezca de un requisito formal –la apreciación de la viabilidad de la oferta– indispensable para alcanzar el fin de dar satisfacción al interés general que con la adjudicación se pretende, siendo por tanto es un vicio de anulabilidad y no de nulidad conforme a los artículos 40 de la LCSP y 48 de la LPACAP.

No puede por tanto admitirse la pretensión extemporánea contra el PCAP por dicha causa.

Por último afirma la recurrente que se ha vulnerado el artículo 2.1 de la LCSP que exige que los contratos sometidos a la ley sean onerosos, al haber el licitador ofertado algunos precios unitarios en 0%.

Contrato oneroso es aquel en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas, por contraposición al lucrativo o gratuito en que una de las partes realiza la prestación por mera liberalidad, sin esperar recibir nada a cambio.

El artículo 2.1 de la LCSP lo define a los efectos de la ley como aquel en que en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.



Seria por tanto contrato lucrativo aquel en que no existe beneficio para el contratista, ya sea directo, por satisfacer a cambio de la prestación un precio el poder adjudicador, indirecto, porque si bien el poder adjudicador no satisface un precio con cargo a su presupuesto, la contraprestación por su prestación la obtiene por el contratista de un tercero (vg. contrato de agencia de seguros o contrato de cafetería no subvencionado).

Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios –compensando unos con otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito.

En consecuencia, también este motivo ha de ser desestimado, y en consecuencia confirmado el acto recurrido.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. P. M. S. M., en nombre y representación de NOVA TELEVISIÓ, S.A., contra la “*adjudicación*” de la licitación convocada por la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Illes Balears, para contratar el “*servicio para la ejecución de los contenidos de comunicación y publicitarios del Govern de les Illes Balears (Exp CONTR 2018/2554)*”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.