



Recurso nº 887/2014

Resolución nº 867/2014

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. G. H. y D. A. J. G. P., en representación de MEDIA PLANNING GROUP, S.A. (en adelante, MPG o la recurrente), contra la adjudicación a GESMEDIA CONSULTING, S.A. (en adelante, GESMEDIA o la adjudicataria) del contrato cuyo objeto es el "*Servicio de difusión en medios de comunicación de las campañas de información y sensibilización contra la violencia sobre las mujeres (2014)*" (expediente 2014/422PA003), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad (en lo sucesivo, el órgano de contratación) convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE el 13 de junio y en el BOE el 14 de junio de 2014, licitación para contratar la difusión en medios de comunicación de las campañas contra la violencia sobre las mujeres. El valor estimado del contrato se cifra en 1.355.371,9 €. El plazo de ejecución del servicio es desde la formalización del contrato hasta el 9 de diciembre de 2014. Presentaron oferta cuatro empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, -cuyo texto refundido (TRLCSF en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y las normas de desarrollo en materia de contratación. El contrato, clasificado en la categoría 13 del anexo II del TRLCSF, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En la cláusula 15 de la Hoja resumen del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se relacionan los criterios subjetivos de valoración (propuestas técnicas, con



un máximo de 25 puntos) y los criterios y fórmulas de valoración de las ofertas económicas (con un máximo de 65 puntos a los precios o descuentos ofertados en los distintos medios y 10 puntos a las mejoras de calidad). En el apartado 15.2 se indica que *“Se considerará, en principio como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas”*.

“15.2. Consideración del carácter de ofertas anormales o desproporcionadas

Parámetros objetivos para su determinación en el caso de que existan varios criterios de valoración objetivos: Se considerará, en principio como desproporcionada o temeraria, la baja de toda proposición cuyo porcentaje exceda en 10 unidades a la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones presentadas.

Sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de apreciar, previos los informes adecuados y la audiencia del adjudicatario como susceptible de normal cumplimiento, las respectivas proposiciones.”

Cuarto. El 10 de septiembre, en sesión pública de la Mesa de contratación, se comunicó la puntuación de las ofertas técnicas -MPG obtuvo 18 puntos y GESMEDIA 11,25 puntos-, y se procedió a la apertura de las ofertas económicas. En el proceso de valoración de las ofertas se identificaron como desproporcionadas, de acuerdo con la cláusula 15.2 transcrita antes entre otras, las siguientes, relativas al apartado de *TV Generalista*:

GESMEDIA:.... *A3 Cobertura*: una baja de 86,49%.

Mediaset Tele 5 y sus temáticas: una baja de 57,62%.

Televisiones Autonómicas: una baja de 84,21%.

MPG:..... *A3 Afinidad. La Sexta y sus temáticas*: una baja del 24,02%

A ambas se les requirió para que justificaran sus ofertas lo que hicieron en el plazo habilitado. Por parte de GESMEDIA, además de referirse a su amplia experiencia en el sector público, a que la campaña se realiza en varios medios y a su composición, alegaba que *“la utilización de varios medios y sobre todo la situación del mercado, donde hay una evidente caída de precios generalizada”* les permite ofertar precios muy competitivos. Indicaban también que con los precios ofertados dispone de margen suficiente ya que, además, no necesitan *“reportar a ningún grupo internacional”* ni dependen de gastos extras derivados de infraestructuras sobredimensionadas. Ratifican por ello *“la viabilidad de ejecutar satisfactoriamente el contrato, en las condiciones ofrecidas,... tal y como figura en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*.



Por parte de MPG, además de considerar que su oferta se ajustaba a las condiciones del mercado y era comparable con las presentadas en otros concursos, hizo hincapié en que el hecho de que su oferta resultara desproporcionada en el “Grupo A3 Afinidad”, se debía a que la presentada por GESMEDIA era desproporcionadamente elevada (casi un 90% más alta que la de MPG), lo que alteraba sustancialmente la media.

Una vez realizado el trámite de audiencia, en el informe de evaluación de las ofertas económicas -firmado el 22 de septiembre por el Subdirector General de Atención al Ciudadano y la Vocal Asesora de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género-, concluye que *“respecto a las bajas temerarias... se ha considerado que la justificación ofrecida es suficiente para admitir dichas ofertas económicas y no estimar las bajas como temerarias”*.

En la sesión del 24 de septiembre, a la vista de las justificaciones *“y solicitado el pertinente asesoramiento técnico del servicio correspondiente”*, la Mesa consideró también que todas las ofertas podían ser cumplidas y propuso la adjudicación en favor de GESMEDIA, cuya proposición obtenía la mayor puntuación total: 81,15 puntos, de los que 30 -la máxima puntuación- corresponden a la oferta de precios en el apartado de *TV Generalista*. En segundo lugar quedó clasificada MPG con 63,32 puntos (15,96 en el apartado indicado).

El acuerdo de adjudicación se adopta el 10 de octubre y se comunica a los licitadores el 16 de octubre.

Quinto. El 3 de noviembre se presentó en el registro de este Tribunal Administrativo escrito de MPG, previamente anunciado al órgano de contratación, de interposición de recurso especial contra el indicado acuerdo de adjudicación. Considera que la oferta de la adjudicataria en tres de los medios (*A3 Cobertura, Mediaset y Autonómicas*), establece unos *precios GRP* absolutamente desproporcionados *“que han sido únicamente ofertados para beneficiarse de los criterios de adjudicación y... se basan en planteamientos y cálculos que carecen del debido fundamento, al considerar que... estarían con un porcentaje de bajas abismales sobre el mejor precio de mercado que se pudiera negociar, patente de tal forma que pueda ser apreciadas sin necesidad de efectuar razonamientos complejos”*. Sostiene por ello que *“es imposible cumplir las condiciones de la oferta, lo que permite concluir que el informe técnico carece del contenido*



necesario para dar por cumplido el trámite de asesoramiento... Existe una baja temeraria... que sin duda alguna generaría unas pérdidas, que harían inviable la oferta económica”.

Considera que, al no motivar la aceptación de la baja, la decisión de aceptarla cabría calificarla de arbitraria, máxime teniendo en cuenta que en la licitación del pasado año, la Mesa excluyó a una oferta de valores anormales también muy desproporcionados y con una composición similar a la presentada ahora por la adjudicataria. Solicita por ello que se revoque la resolución de adjudicación en favor de GESMEDIA (por error, se refiere a una empresa distinta) y se adjudique el contrato a MPG, al ser *“la siguiente oferta económicamente más ventajosa según las reglas y criterios de valoración establecidos en el PCAP”.*

Sexto. El expediente administrativo junto al informe del órgano de contratación, se recibió en el Tribunal el 7 de noviembre. En cuanto a la oferta de la adjudicataria resalta el informe que *“la Mesa de contratación consideró que la justificación ofrecida por la empresa Gesmedia Consulting S.A. es suficiente para admitir dicha oferta económica puesto que justifica la capacidad de realizar el objeto del contrato. La Mesa no encuentra datos objetivos que permitan estimar la baja como temeraria, por lo que entiende que la Agencia puede realizar la planificación y compra de medios de forma adecuada y satisfactoria para la Administración”.* Considera también que en los pliegos, en ningún caso *“se contempla ningún límite máximo ni mínimo en el establecimiento de precios o porcentajes de descuento sobre Tarifa Oficial”.*

Respecto a la licitación del pasado ejercicio, la exclusión de la empresa a la que alude la recurrente se debió a que *“la empresa únicamente se comprometía al cumplimiento de su oferta en el caso de que se estableciese unas condiciones de planificación en televisión no contempladas en los Pliegos”*, mientras que ahora GESMEDIA *“no ha establecido ninguna condición de planificación”.*

Séptimo. El 12 de noviembre, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los otros tres licitadores para que pudieran formular alegaciones, con el resultado que obra en el expediente del litigio.

El 14 de noviembre, la Secretaria del Tribunal por delegación de este, acordó levantar la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la adjudicación en la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de dicha norma.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a esa competencia, pues, como hemos señalado en múltiples resoluciones (como referencia reciente en la 832/2014, de 7 de noviembre), el cometido de este Tribunal es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad y, de ser así, anularlos y ordenar, en su caso, la reposición de actuaciones al momento anterior a aquéllos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación. Por tanto, debe inadmitirse, por falta de competencia de este Tribunal, la pretensión de la recurrente de que se estime que debe ser la adjudicataria.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación cuya adjudicación impugna.

Tercero. La cuestión a discernir en el presente recurso consiste en determinar si el acuerdo de adjudicación en favor de GESMEDIA es ajustado a derecho pues la recurrente sostiene como único motivo de impugnación que debía excluirse a la empresa adjudicataria, puesto que su oferta es de imposible cumplimiento dada la baja ofertada.

No es objeto de controversia que la oferta de la adjudicataria (y también la de la recurrente) se encontraba en presunción de temeridad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 15.2 de la Hoja-resumen del PCAP, transcrito en el antecedente tercero.

Respecto al procedimiento seguido para la adopción del acuerdo, el artículo 152 del TRLCSP, establece que:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,... En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente...”



4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas...”

En el presente caso, advertida la anormalidad o desproporción de tres de las ofertas presentadas –entre ellas, la de GESMEDIA y la de MPG- se siguió el procedimiento fijado en el artículo 152 mencionado, pues se le concedió trámite de audiencia para que esas empresas justificasen sus ofertas.

Recabado el preceptivo informe del servicio correspondiente, éste se emitió el 22 de septiembre, dentro del informe de evaluación de las ofertas económicas, tal como se reseña en el antecedente cuarto y, considera *“que la justificación ofrecida es suficiente para admitir dichas ofertas económicas”*.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina del Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que la decisión sobre la aceptación o no de *“la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”*.

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones, la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. Como también señala la nueva Directiva sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero), en su artículo 69.3 *“El poder adjudicador evaluará la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos...”*.



En este caso, aunque la desproporción de la oferta de GESMEDIA para algunos medios es muy elevada (casi un 43% por debajo de la media de ofertas para las *TV Generalistas*) las justificaciones y los argumentos aducidos en sus alegaciones hacen referencia a que su oferta global es viable a la vista de la situación del mercado y de que en la campaña se utilizan diversos medios de comunicación, así como por la ajustada dimensión y otras características de la empresa.

El informe técnico consideró suficientes las justificaciones aportadas. Como indicábamos también en la Resolución 832/2014 ya citada, *“cuando se solicita un asesoramiento técnico es lo habitual que el informante exprese su propia opinión sobre, en este caso, las alegaciones presentadas por el licitador cuya oferta puede incurrir en anormalidad, haciendo un juicio crítico de la justificación que se le remite. Sin embargo, cabe igualmente la posibilidad de que el informante esté de acuerdo con estas alegaciones, haciéndolas suyas, lo que le eximiría de la necesidad de añadir mayor fundamentación al informe”*.

Como en el caso que se cita, el informe no recoge un juicio crítico sobre la cuestión sometida a su examen (la desproporción de algunas de las ofertas), si bien debe reconocerse que sí hace un análisis crítico de ella al juzgar como suficientes las razones aducidas por las respectivas empresas para justificar sus ofertas. Por esa misma razón *“debemos afirmar que la conclusión a que llega se encuentra motivada, aun cuando esta motivación consista en las mismas razones expuestas en su informe por el licitador cuya oferta se juzga”*.

Es obvio que, en los casos en que el informe técnico no comparte la justificación dada por el licitador debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación—*“resolución reforzada”* como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones-. Sin embargo, si la justificación del licitador se considera suficiente, nada obliga a que el informe incluya unos argumentos o motivación distinta o complementaria de la ya expuesta por el licitador. Si ésta se considera suficiente, nada exige que el asesor técnico recoja en el informe sus propias razones motivando su aceptación.

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. A. G. H. y D. A. J. G. P., en representación de MEDIA PLANNING GROUP, S.A., contra la adjudicación por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del contrato cuyo objeto es el *“Servicio de difusión en medios de comunicación de las campañas de información y sensibilización contra la violencia sobre las mujeres (2014)”*.

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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.