



Recurso nº 664/2016 C.A. Galicia 93/2016

Resolución nº 701/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.T.A., en representación de la empresa RECLAM, PUBLICIDAD, MARKETING Y ARTES GRÁFICAS, S.A.U. (en adelante RECLAM o la recurrente), contra la exclusión de su oferta, por baja anormal, en la licitación del contrato de "*Desarrollo de la campaña publicitaria «mediación intrajudicial»*" (expediente 2016-SESE 22-LU), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha dictado la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por parte de la Vicepresidencia y Consejería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia (en lo sucesivo, la Consejería o el órgano de contratación) se convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el BOE y en el Diario Oficial de Galicia, los días 16 y 23 de marzo y 6 de abril de 2016, respectivamente, licitación para la contratación del desarrollo de la campaña publicitaria "*mediación intrajudicial*". El valor estimado del contrato y presupuesto de licitación (sin IVA) se cifra en 272.727,27 €.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (en lo sucesivo TRLCSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El contrato (CPV 79341000-6), se clasifica en la categoría 13 del Anexo II del TRLCSP y, dado su valor estimado, está sujeto a regulación armonizada.

Tercero. En la hoja de especificaciones del Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) se especifican los distintos criterios de adjudicación: los no evaluables mediante fórmula se valoran hasta 50 puntos; la comisión de agencia se valora hasta 5 puntos y la oferta económica se valora con hasta 45 puntos, de los que corresponden 20 al epígrafe de *periódicos escritos*, 10 al de *radios* y 15 al de *internet*. En el apartado J.2 se indica que: *“Tendrán la consideración de ofertas desproporcionadas o anormales las proposiciones con una baja de más del 10% sobre la media aritmética de los costes de las ofertas presentadas para cada uno de los epígrafes”*.

Cuarto. Tras los trámites oportunos, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 18 de mayo de 2016 se dio cuenta de la puntuación obtenida por los licitadores en los criterios no evaluables automáticamente (sobre B). La oferta de RECLAM obtuvo la puntuación más alta (45 puntos). A continuación se procedió a la apertura de sobres y lectura de las ofertas económicas de las doce proposiciones admitidas.

En la sesión de la mesa de contratación del 31 de mayo, se determinó que de acuerdo con el apartado J de la hoja de especificaciones del PCAP, dos de las ofertas estaban incursas en presunción de temeridad. Una de ellas era la de RECLAM que en el epígrafe de *periódicos escritos* formuló una oferta de *Coste unitario por millar de impactos (CPM)*, de 12,35 €, lo que suponía una baja del 14,5 % sobre la media de las doce ofertas (14,45 €). A los dos licitadores se les requirió para que en el plazo de tres días presentaran *“justificación que sirva para desvirtuar la presunta baja anormal o desproporcionada de su oferta económica”*, aunque solo la recurrente lo hizo en el plazo habilitado.

Quinto. En la justificación de su oferta RECLAM hizo referencia a su dilatada experiencia en el sector, lo que le proporciona una buena relación con los medios y unas favorables condiciones de compra o alquiler de medios y soportes de comunicación. Alegaba también que cuenta con una plantilla de 28 personas con contrato fijo *“estando sus costes asumidos y obteniendo una rentabilidad suficiente”* y que *“los costes negociados para la compra de la prensa son suficientes para cumplir con lo propuesto en nuestra oferta, dejando un margen suficiente para la correcta ejecución”*. Señala que el coste de las inserciones publicitarias ofertadas (135.076,12 €), con los impactos conseguidos da un CPM medio de 12,77 €, y el coste real negociado con los medios ascendería a 126.952,76 €, lo que genera un beneficio

de empresa del 6,01 % (8.123,36 €). Adjunta el detalle de su oferta por medios de prensa. Considera también que la inversión en prensa escrita supone menos del 50 % del total del contrato y que la rentabilidad debería contemplarse conjuntamente con los otros medios (radio e internet).

Sexto. La mesa de contratación solicitó informe al órgano proponente (Secretaría General de Medios) que propuso no aceptar la justificación presentada por RECLAM. Señala que los argumentos relativos a experiencia y personal son genéricos y *“no pueden ser admitidos como garantía para una correcta ejecución del servicio”*. En cuanto a la tabla de precios (el precio sobre el que se realiza la oferta y el precio real inferior que se hace a la agencia), considera que: *“En caso de que este argumento fuera cierto, no hay duda de que el resultado de la operación resultaría rentable para el licitador. Sin embargo, otorgar credibilidad a la brecha presupuestaria sería un acto de fe porque no hay ningún documento que se adjunte a la justificación de la baja en el que... conste la voluntad de los medios de comunicación de ofrecer ese descuento adicional sobre sus tarifas. Por lo tanto, no es posible dar validez a este argumento”*. Se muestra de acuerdo en que la rentabilidad de un contrato de esta naturaleza debe considerarse en conjunto, pero resalta que RECLAM hizo la tercera oferta más baja en el medio *radio* y la segunda más baja en *internet*, si se añade que *“asigna un 49,8% de su presupuesto al medio prensa (sobre el que efectúa una baja anormal o desproporcionada), no estamos en condiciones de garantizar una correcta ejecución del servicio por parte de este licitador”*.

El 23 de junio la mesa de contratación, a la vista de la justificación de RECLAM y del informe de la Secretaría General de Medios, aceptó las conclusiones de éste y acordó estimar como insuficiente e inadecuada la justificación presentada por RECLAM en el apartado de prensa escrita, ya que *«no explica con claridad los motivos por lo que incurre en baja anormal o desproporcionada»*, por lo que se le excluye de la licitación. El acuerdo de exclusión se notificó por correo electrónico a la recurrente con fecha de 22 (sic) de junio.

Séptimo. El 11 de julio, previo anuncio a la Consejería, RECLAM presentó en el órgano de contratación, escrito de interposición de recurso especial contra el acuerdo de exclusión. Recuerda que *“las Audiencias han subido según el Estudio General de Medios (EGM). Y como quiera que el CPM no depende sólo del precio sino también de la planificación que se*

haga y de las Audiencias, el resultado es que el CPM actualmente es más bajo que el de años anteriores porque se llega a más población". Reitera los datos relativos a la oferta presentada y acompaña certificados de los distintos medios con las tarifas negociadas por RECLAM. El total de la oferta presentada asciende a 271.909,09 € "con un coste de compra total de 247.704,44€, tal como se acredita con los certificados expedidos por los distintos medios. En consecuencia, el contrato proporcionará un beneficio de 24.20465€...". Aporta los certificados que ha solicitado a los distintos medios "que acreditan la certeza y el compromiso de los distintos medios de aplicar las tarifas descritas, que entendemos que son prueba suficiente de que en tales condiciones la operación es rentable para el licitador como así se expone en el propio acto recurrido". Resalta también que el motivo de la baja es que, en el medio de prensa escrita, los precios ofertados por dos de las licitadoras se alejan por completo "por excesivos" de los ofertados por el resto; esas dos empresas, de menor tamaño que RECLAM, "están radicadas fuera de Galicia, por lo que no están suficientemente implantadas en el mercado al que va dirigido, lo que dificulta que puedan obtener las mismas condiciones que las agencias locales". Concluye que "debe ponderarse todo ello para determinar si se obtiene el precio más justo y real,... puesto que los precios de las otras diez empresas, son más similares, y sobre todo confirman que mi representada no ofrece, en absoluto, un precio con una baja anormal o injustificada a tenor de la documentación aportada anteriormente". Solicita que se mantenga a RECLAM como licitadora "al haber justificado suficientemente el precio ofertado y la viabilidad del contrato".

Octavo. El recurso se recibió en este Tribunal el 21 de julio, junto al expediente administrativo y el informe de la Consejería. Señala ésta que los criterios objetivos conforme a los cuales se apreció la oferta de RECLAM como presuntamente temeraria, son los establecidos en el PCAP y que en todo momento se ha seguido el procedimiento establecido para apreciar la viabilidad de tales ofertas. En cuanto a los documentos que aporta la recurrente para acreditar el compromiso de los distintos medios de aplicar las tarifas presentadas en su oferta, entiende que "en aras de garantizar el principio de igualdad de trato entre los candidatos... no pueden ser tenidos en cuenta en este momento procedimental toda vez que debieron ser aportados en el plazo de tres días hábiles que se le concedieron, tal y como consta en el expediente, a efectos de que justificase su oferta".

Noveno. El 2 de agosto de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recursos a los

restantes licitadores para que en el plazo de cinco días pudieran formular alegaciones, con el resultado que obra en el expediente del litigio.

Décimo. El 16 de agosto, el Tribunal acordó adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurre la exclusión 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, a tenor de lo previsto en el artículo 41.3 de dicha norma y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Galicia, publicado en el BOE del día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La legitimación activa de la recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 42 del TRLCSP, por cuanto concurrió a la licitación de la que fue excluida y en la que podría resultar adjudicataria.

Cuarto. La oferta de RECLAM resultaba desproporcionada de acuerdo con los parámetros del apartado J.2 transcrito en el antecedente tercero y se le pidió que justificara la baja, lo que hizo en el plazo habilitado. La mesa de contratación solicitó el oportuno informe técnico que propuso no aceptar la justificación presentada, por lo que se acordó la exclusión. Así lo acordó la mesa de contratación por considerar que *“no explica con claridad los motivos por lo que incurre en baja anormal o desproporcionada”*.

Por tanto, hemos de concluir que, en cuanto al procedimiento seguido respecto a las ofertas presuntamente desproporcionadas, se ha dado *“audiencia al licitador... para que justifique*

la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma,...” y se ha solicitado “el asesoramiento técnico del servicio correspondiente”, tal como dispone el artículo 152.3 del TRLCSP. En la notificación del acuerdo de exclusión a RECLAM se reproduce el informe técnico sobre el que se basa la misma y en el que se explicitan los motivos por los que no se ha considerado suficientemente justificada su oferta.

Puesto que el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación se basa en el informe técnico resumido en el antecedente sexto, las cuestiones de fondo a considerar son, en primer lugar, si la oferta de la recurrente debió ser considerada, en principio, como anormal o desproporcionada y, de resultar conforme tal calificación, en segundo lugar si la justificación de la oferta era o no suficiente, y si los argumentos del informe técnico, que hizo suyos la mesa de contratación, evidencian la conveniencia de un interés público que justifica la exclusión del procedimiento.

Quinto. Antes de entrar a considerar la cuestión relativa a la justificación, hemos de hacer referencia a la propia determinación del “*umbral de temeridad*” en los pliegos. Cuando el precio no es el único criterio de adjudicación, como es el caso, el propio TRLCSP (artículo 151.2) dispone que “*podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados*”.

Pues bien, como hemos puesto de relieve en diversas resoluciones -como referencia en la resolución 760/2015, de 18 de agosto-, la determinación del “*umbral de temeridad*” con referencia a cada uno de los precios de los artículos o servicios que integran el contrato y no al conjunto de los mismos, no es congruente con la finalidad de la figura de las “*ofertas con valores anormales o desproporcionados*”. Si se trata de establecer un mecanismo para contrastar la viabilidad de las ofertas con valores muy bajos -las “*ofertas temerarias*”- no resulta procedente, en buena lógica, la posibilidad de extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a las proposiciones que se presenten con un margen de baja que, de acuerdo con las reglas de la práctica comercial en el sector de que se trate, no debieran ser tachadas como “*anormalmente bajas*”. En efecto, no carecería de lógica ni sería temerario, en principio, hacer una oferta más baja en uno de los apartados a considerar

(*prensa escrita*, en este caso), que se compensara con otras más ajustadas en los demás medios (*radio e internet*).

Por otra parte, como alega RECLAM, en el caso del apartado de *prensa escrita* se produce el efecto de que dos ofertas más próximas al precio máximo de licitación y alejadas de las restantes hacen que la media también resulte más elevada. El no excluir para el cómputo de la media a la oferta “anormalmente alta” -como se establece en el artículo 85 del RGLCAP en relación con las subastas- determina un umbral de temeridad no acorde con los precios propuestos por la mayoría de licitadores.

Ahora bien, como señalamos en la resolución citada, aunque los parámetros para apreciar las ofertas desproporcionadas no sean los más idóneos, hay que tener en cuenta que los pliegos constituyen la ley del contrato y que no se cuestiona que la oferta excluida estuviera por debajo del umbral de temeridad definido en aquellos. Por todo ello, no cabe sino mantener que a la proposición de la recurrente le son de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 152 del TRLCSP, sobre la necesidad de justificar que el precio ofertado en el apartado de prensa escrita permite satisfacer las condiciones de prestación del servicio establecidas en los pliegos.

Sexto. En cuanto a las razones que motivan la exclusión, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, como ya indicamos. Y en numerosas resoluciones hemos puesto de relieve que ello exige de una resolución “*reforzada*” que desmonte las justificaciones del licitador. No se trata, por tanto, de que éste justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de argumentar de modo que permita al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; obviamente, tales argumentos o justificaciones deben ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta. En este caso, la oferta es un 14,5 % más baja que la media en el epígrafe de *periódicos*, pero, como señalamos en el fundamento anterior, con una cláusula del PCAP más adecuada al objeto del contrato o con la aplicación de los parámetros establecidos en el artículo 85 del RGLCAP, ni siquiera se habría calificado como desproporcionada. Las justificaciones del recurrente se han resumido en el antecedente quinto. Las más relevantes

se refieren a su experiencia y a los acuerdos de descuentos de tarifas alcanzados con distintos medios.

El informe técnico en que se funda el acuerdo de exclusión, señala como única objeción relevante el que no aporta ningún documento *“en el que... conste la voluntad de los medios de comunicación de ofrecer ese descuento adicional sobre sus tarifas”*. El informe parece pretender que se debía haber dado una justificación muy detallada que demostrara y documentara que la oferta es viable. Ya hemos dicho que en este trámite no se trata de justificar exhaustivamente la oferta -y menos en este caso en que la desproporción real es menor-, sino de argumentar de modo convincente que se puede llevar a cabo.

Lo que se le requirió a RECLAM es que aportara argumentos para desvirtuar la presunta desproporción de su oferta económica en cuanto a prensa escrita. Así lo hizo y la desconfianza que expresa el informe técnico sobre tales argumentos, se basa sólo en que no aporta los documentos indicados sobre las tarifas de los medios. En el trámite de justificación de la oferta, bien se pudo requerir tal documentación, antes de proceder y acordar una medida tan drástica como la exclusión del procedimiento; tal requerimiento en modo alguno habría afectado al principio de igualdad de trato. Al no haberlo hecho así, los argumentos para excluir la oferta de RECLAM quedan vacíos de contenido efectivo.

En conclusión, una vez examinadas las justificaciones de la recurrente y las manifestaciones contrarias del órgano de contratación, este Tribunal entiende que las primeras son suficientes para justificar una baja como la propuesta por lo que su oferta no debió ser excluida.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. D.T.A., en representación de la empresa RECLAM, PUBLICIDAD, MARKETING Y ARTES GRÁFICAS, S.A.U. (en adelante RECLAM o la recurrente), contra la exclusión de su oferta, por baja anormal, en la licitación del

contrato de “*Desarrollo de la campaña publicitaria «mediación intrajudicial»*”, anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberá incluir la de la recurrente.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada.

Tercero. Declarar que no se aprecia 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 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.