



Recurso nº 450/2018 C.A. Principado de Asturias 30/2018

Resolución nº 552/2018

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

En Madrid, a 8 de junio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. S. T., en nombre y representación de AVANTE MARKETING Y MEDIOS S.L., contra la adjudicación del procedimiento de contratación del *“Servicio de elaboración, producción y plan de medios en la campaña de comunicación y promoción de Gijón/Xixón como destino turístico durante el año 2018”*, con expediente Divertia/Comunes Mayor 05/2018, convocado por Divertia Gijón S.A., el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La sociedad pública municipal Divertia Gijón S.A. convocó a pública licitación, mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de marzo de 2018, la licitación por el procedimiento abierto de la contratación del *“Servicio de elaboración, producción y plan de medios en la campaña de comunicación y promoción de Gijón/Xixón como destino turístico durante el año 2018”*, con expediente Divertia/Comunes Mayor 05/2018 y con un valor estimado de 125.000 euros, a la que concurrió presentando oferta la actora.

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) se aprobó por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, y en las normas de desarrollo de la misma.

Tercero. El 12 de abril de 2018 el órgano de contratación publicó anuncio por el que daba cuenta de que, una vez culminada la valoración de las ofertas, el licitador mejor clasificado era la mercantil MEDIA TALENT S.L., a la que, consecuentemente, se cursaba el consiguiente requerimiento para la presentación de la correspondiente



documentación administrativa y garantía definitiva. La actora, a su vez, habría quedado clasificada en segundo lugar.

Cuarto. El 24 de abril de 2018 la actora interpuso contra dicho anuncio recurso especial en materia de contratación, en el que solicitaba que se declarase «*la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la adjudicación realizada*» y al que se asignó el número 450/2018 de los tramitados en este Tribunal. En esa fecha ya había sido dictado el correspondiente acuerdo de adjudicación en favor de MEDIA TALENT S.L., fechado el 22 de abril, que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 25 de abril de 2015.

Quinto. El 18 de mayo la Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, dictó resolución por la que acordaba levantar la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de 3 de octubre de 2013, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, según el cual «*podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*», atendido que la recurrente, de ver estimado su recurso en todos sus términos, podría devenir adjudicataria del contrato, al haber quedado clasificada en segundo lugar.

Tercero. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44 TRLCSP.



Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce.

En lo que se refiere al concreto acto impugnado, si bien la actora, inicialmente, parecería haber dirigido su recurso contra la propuesta de adjudicación (acto de trámite no cualificado que, por ende, no sería susceptible de impugnación, ex artículo 40.2.b) TRLCSP, *sensu contrario*), no lo es menos que, en tanto interesa la revisión de la adjudicación y, al tiempo de su interposición, ya se había adoptado el correspondiente acuerdo de adjudicación, debería tenerse éste por impugnado y concluirse, por mor del principio “*pro actione*”, en la existencia de acto impugnado al amparo del artículo 40.2.c) TRLCSP.

Sin embargo, otra es la conclusión que ha de alcanzarse respecto de la cuestión relativa a si dicho acto se contrae a un procedimiento de contratación en el que sea dable la interposición de recurso especial en materia de contratación.

Es evidente, en este punto, que el presente recurso se interpone contra el acto de adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 13 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 125.000 euros, como tal no sujeto por ello a regulación armonizada (artículo 16.1.b) TRLCSP, en sentido contrario. Dicho contrato se rige por el TRLCSP, al haberse iniciado el expediente antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2018, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.1, de la citada Ley 9/2017, que establece lo que sigue:

«1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos».

No obstante, la recurrente se ampara en la Disposición Transitoria Primera 4, párrafo segundo, de la Ley 9/2017, para fundamentar la interposición de este recurso frente al



acto de adjudicación de este contrato no sujeto a regulación armonizada, en cuanto que acto dictado con posterioridad a la vigencia de la Ley 9/2017, que habilita el recurso especial en expedientes iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley contra actos del artículo 44 de la misma, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su vigencia.

En este punto, es obligado citar la doctrina plasmada por este Tribunal en la reciente resolución 437/2018, en la que se ha dicho lo que sigue:

«La cuestión, por tanto, que se plantea consiste en determinar si este Tribunal es competente para conocer de un recurso especial contra un acto de adjudicación dictado en un expediente de contratación de un contrato no sujeto a regulación armonizada que se rige por el TRLCSP, pero que ha sido dictado después de la vigencia de la Ley 9/2017. Más en concreto, se plantea si la Disposición Transitoria 1ª.4, párrafo segundo, excepciona lo determinado en su apartado 1, en concreto, si ampara el recurso especial frente a actos del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, y respecto de contratos mencionados en el artículo 44.1, o si por el contrario, solo habilita el recurso contra dichos actos en sí mismos, como tales, con independencia del contrato respecto del que se dicten, y por ello solo respecto de contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, que es la norma sustantiva que determina el ámbito objetivo contractual respecto del que es susceptible la interposición del recurso especial frente a otros recursos administrativos, y aplicable ex artículo 40 de dicho TRLCSP al tratarse de expedientes que se rigen por la normativa anterior a la Ley 9/2017.

Este Tribunal considera que el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que cabe interponer recurso especial en vez de otros recursos administrativos en el caso de expedientes que se rijan por el TRLCSP al haberse iniciado antes de la vigencia de la Ley 9/2017, es, con arreglo a lo determinado en la Disposición Transitoria Primera.1, el determinado en el artículo 40.1 del TRLCSP en el caso de que el acto recurrido se haya dictado con posterioridad a su vigencia. Lo que implica que, si bien los actos recurribles son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, cuyo elenco es mayor que el del TRLCSP, los contratos respecto de los que se dicten han de ser en ese periodo transitorio, los contratos que menciona el artículo 40.1 del TRLCSP, y, además, significa que la nueva



Ley ha ampliado el ámbito objetivo del recurso especial solo respecto de los actos en sí mismos considerado dictados en expedientes iniciados con posterioridad a su vigencia. Por tanto, los actos mencionados en el artículo 44.2 de la nueva Ley que antes de su vigencia no eran recurribles, sí lo serán no solo cuando se dicten en expedientes iniciados con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, sino también cuando hayan sido dictados en expedientes iniciados antes, pero dictados con posterioridad a dicha vigencia.

De esa forma se armoniza y adquiere cabal sentido el contenido de la Disposición Transitoria Primera, 1, con el de su apartado 4, párrafo segundo, de forma que no se amplía el ámbito sustantivo de los contratos respecto de los que cabe el recurso en ese periodo transitorio, en contra de lo que determina el apartado 1 de dicha Transitoria Primera, pero sí los actos que pasan a ser susceptibles de recurso especial.

Lo anterior se funda en lo siguiente:

1. Interpretación sistemática de los apartados 1 y 4, párrafo segundo, de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2017.

Si el apartado 1 de dicha Transitoria Primera determina que los expedientes iniciados con anterioridad a su vigencia se rigen por la normativa anterior, el TRLCSP, ha de entenderse que el ámbito objetivo de los contratos susceptibles de recurso, en cuanto norma sustantiva determinante del régimen de recurso en tales contratos, es el que determina la normativa anterior, siendo aplicable el artículo 40.1, que es la norma sustantiva que delimita los contratos típicos respecto de los que cabe el recurso especial, eso sí, afectados por el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE a partir de abril de 2016 en que debió haberse procedido a su transposición.

Por ello mismo, al no establecer dicho apartado 1 de la Transitoria Primera excepción sustantiva alguna, ha de interpretarse el apartado 4, párrafo segundo, en lo referente a los actos dictados en expedientes iniciados con anterioridad, en el sentido de que se refiere a un determinación procesal, en concreto, a los singulares actos que pasan a ser recurribles con la nueva norma legal, en especial, actos de trámite consistentes en admisiones, encargos, modificados y rescates, especialmente estos tres últimos, ya que no son actos precontractuales, ni contractuales en el caso de los encargos.



En otro caso, se llegaría a un resultado absurdo, pues podría llevar a que un licitador excluido mediante acto dictado el 7 de marzo de 2018 en un contrato de servicios no sujeto a regulación armonizada, de valor estimado superior a 100.000 euros con licitación publicada antes de la vigencia de la nueva Ley, no podría interponer el recurso especial, pero si otro licitador en esa misma licitación hubiera sido excluido el día 9 de marzo, vigente ya la nueva norma legal, sí podría interponer el recurso especial. Incluso un mismo licitador interesado en dos actos dictados en distintas fechas, antes y después de la vigencia de dicha Ley, se vería que no podría recurrir en esta vía respecto del primero, pero sí respecto del segundo.

2.- En segundo lugar, mediante una interpretación sistemática y lógica se llega a esa misma conclusión.

Así, si la delimitación del ámbito objetivo de los contratos respecto de los que procede el recurso especial es materia sustantiva delimitadora de su régimen jurídico sustantivo, ha de entenderse que los contratos respecto de los que procede el recurso es una materia distinta a la de los actos susceptibles de recurso especial, de forma que estos sí serían materia procesal o de procedimiento, mientras que aquel ámbito objetivo contractual sería sustantivo. Además, si la determinación de qué contratos están sujetos a regulación armonizada y por ello son susceptibles de recurso, integra el régimen sustantivo de los mismos, es indudable que esa determinación integra su régimen jurídico, que, por aplicación de la Transitoria Primera, 1, será el aplicable a todo el expediente de contratación, incluido el régimen de recursos que se pueden interponer contra los actos que se dicten en el mismo.

Ello determina que se aplica la Transitoria Primera.1, de la Ley 9/2017 para determinar los contratos susceptibles de recurso, que serán en los expedientes iniciados con anterioridad, los del TRLCSP, artículo 40.1. Y se aplicará la Transitoria Primera,4, párrafo segundo, para la determinación de los concretos actos susceptibles de recurso en expedientes iniciados con anterioridad, pero dictados después de la vigencia de dicha Ley, actos que son los del artículo 44.2 de la Ley 9/2017.



Apoya ese argumento el que en el apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley se diferencia entre el ámbito objetivo contractual al que se vincula el recurso especial y los actos susceptibles de recurso especial, al determinar y referirse, por una parte, a los primeros, y por otra, separadamente, a los segundos, cuando dice

“Se amplía el ámbito de aplicación de este recurso, sin que dicha ampliación afecte a la necesaria agilidad que debe tener el sistema en la resolución de estos recursos, dejando de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada, de tal manera que se puede interponer en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones y contratos de servicios y de suministros cuyo valor supere los cien mil euros)”,

y en otro párrafo distinto, se refiere a los actos contra los que se puede interponer, citando que:

“Para concluir la referencia al recurso especial, este se podrá interponer contra los anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley, acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, así como modificaciones contractuales, encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley y acuerdos de rescate de concesiones”.

Esa referencia separada pone de relieve que una cosa son los contratos a los que se vincula el recurso, que es norma sustantiva, y otra los actos susceptibles de recurso, que es norma procedimental.

3.-En el mismo sentido se puede argumentar examinando el contenido de la Transitoria Primera, 4, que se refiere al régimen transitorio de los procedimientos de recurso especial. Dicha norma determina:

“4. Las revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.



En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Es indudable que se refiere a los procedimientos de recurso en curso y a los actos recurribles solo en relación a los expedientes iniciados antes de la vigencia, pero comprendidos, como tales actos, en el artículo 44.2, es decir, esa Transitoria solo regula aspectos procesales no sustantivos, por lo que solo se refiere a los actos recurribles del artículo 44.2 de la Ley.

En ese sentido, debe recordarse que esa Transitoria Primera, 4, reproduce la Transitoria Octava del TRLCSP, que era diferente de su transitoria Primera, de carácter sustantivo, cuyo texto es el siguiente:

“Disposición transitoria octava. Procedimientos en curso.

1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 40 de esta Ley, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Como puede apreciarse esa Transitoria Octava se refiere a los procedimientos en curso, es decir, tiene un contenido puramente procesal, no sustantivo, por lo que no afectaba a los contratos respecto de los que los actos dictados eran recurribles.

Esa Transitoria Octava, a su vez, procedía de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio,



reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, de su Disposición transitoria tercera, que determinaba:

“Procedimientos en curso.

1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo.

2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

La coincidencia es absoluta, pero la particularidad más reseñable es que esa última Ley creaba los Tribunales de Recursos Contractuales, retirando la competencia para resolver el recurso especial a los órganos de contratación, pero no ampliaba ni variaba el ámbito objetivo de los contratos respecto de los que eran recurribles los actos dictados. Sí ampliaba éstos, en especial en cuanto suprimía la distinción entre actos de adjudicación provisional y actos de adjudicación definitiva, que refundió en uno, y atribuyó a dichos tribunales el conocimiento de las cuestiones de nulidad. Por tanto, los actos recurribles a que se refería eran éstos en sí mismos, pues los contratos respecto de los que se dictaban no habían variado y no variaba el ámbito contractual respecto del que se admitía el recurso especial.

4.- Por otra parte, la propia Transitoria Primera pone de relieve que cuando establece una excepción a la norma que determina la aplicación de la normativa anterior se refiere solo a actos dictados con posterioridad respecto de contratos que se rigen por la normativa anterior, y lo dice expresamente. Este es el caso de la Transitoria Primera. 2, que somete los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos adjudicados con



anterioridad a la vigencia de la nueva ley, a la normativa anterior, pero establece en su apartado 3 unas excepciones solo referidas a determinados actos, no a los contratos respecto de los que se dictan, cuando determina:

“3. La presente Ley será de aplicación a los acuerdos de rescate y a los encargos que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor. Deberá entenderse que un encargo se ha realizado cuando haya sido objeto de la correspondiente formalización documental”.

De ese texto resulta que el régimen sustantivo de los encargos y los rescates si se realizan con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, es el de la propia Ley, aunque se refieran a contratos anteriores (en el caso de rescates), pero no dice lo mismo respecto de los modificados, que se rigen por la norma que rija el contrato que se modifica. No obstante, unos y otros son susceptibles de recurso especial en el caso de que deriven de expedientes iniciados con anterioridad, si el acto se dicta con posterioridad a la vigencia de la nueva, si bien su régimen jurídico ha de ser el propio de la normativa que lo rige, que es la que rige el expediente.

En conclusión, si una cosa es el ámbito sustantivo del recurso, y otra los actos susceptibles de recurso, frente a los actos dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley en expedientes que se rigen por la normativa anterior, solo cabe el recurso respecto de contratos que se rigen y determinan por la normativa anterior, aunque se puede interponer contra cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 44.2 de la nueva Ley dictados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Por tanto, rige en esta contratación ex Disposición Transitoria Primera, 1 y 4, de la Ley 9/2017, el TRLCSP, el artículo 40 de la TRLCSP, en cuanto determina los contratos respecto de los que son recurribles los actos que enumera en su apartado 2, actos que pasan a ser los del artículo 44.2, de la ley 9/2017, aplicable con arreglo a lo dispuesto en la Transitoria citada, apartado 4.

En consecuencia, en nuestro caso, el acto recurrido no es susceptible de recurso especial al referirse a un contrato de servicios no sujetos regulación armonizada al no superar el umbral establecido en el artículo 16 del TRLCSP, de conformidad con el artículo 40.1. a) del TRLCSP. Por ello, procede inadmitir el recuso especial interpuesto».

Dicho pronunciamiento es plenamente trasladable al supuesto que ahora nos ocupa, lo que determina la inadmisibilidad del recurso, ex artículo 22.1.3º, en relación con el artículo 23, 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, al no ser susceptible del mismo el contrato en cuyo seno se adoptó el acto impugnado.

Quinto. Ello no obstante, y aunque se hiciera plena abstracción de este hecho y se obviara la pertinencia de su inadmisión, el recurso debería ser igualmente desestimado por razones de fondo, tal y como, meramente *ad cautelam*, se demostrará a continuación.

En efecto, la actora fundamenta su recurso en dos motivos de impugnación:

a) Por un lado, cuestiona la adecuación a derecho de la fórmula elegida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que, en la cláusula 6.1 expresa lo que sigue:

«6.1. Oferta económica (CRITERIOS OBJETIVOS): máximo 30 puntos. Se valorarán de 0 a 30 puntos las proposiciones económicas relativas al precio de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners, aplicando un criterio de proporcionalidad respecto de la oferta más reducida, a la que se atribuirá la puntuación máxima (30 puntos), y calculando el valor de las demás con arreglo a la siguiente fórmula: $Puntuación = (30 \times of. mín.) / of. lic.$; donde P es la puntuación obtenida, of.min. es el importe de la oferta mínima, y of.lic. es la oferta correspondiente al licitador que se valora».

Considera la actora que, al limitarse la valoración al precio de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners, obviando el dato de la inversión comprometida, puede arrojar un resultado que no se corresponda con el de la oferta económicamente más ventajosa, lo que constituiría, a su entender, un vicio determinante de nulidad de pleno derecho. Prueba de ello, afirma, es que la oferta de la adjudicataria ha recibido una valoración de 30 puntos (el máximo previsto), mientras que los restantes tres licitadores sólo han recibido 0,01, 0,01 y 0,03, lo que evidencia, a su entender, la gran distorsión inherente al método elegido.



b) Por otro, alega que, en todo caso, el órgano de contratación ha aplicado incorrectamente la fórmula así prevista, introduciendo de forma sobrevenida un factor de corrección no contemplado en los pliegos, cual es la asignación de un valor “1” a la oferta de la adjudicataria, cuando, en rigor, en su oferta expresaba que el «*Precio global de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners*” era de “0,00 euros, cero euros con cero céntimos (en letra y número) + IVA».

El órgano de contratación, en el informe emitido con arreglo al artículo 46 TRLCSP, rebate uno y otro alegato.

Sexto. En relación con el primer alegato, y en tanto la actora cuestiona la dicción de la cláusula 6.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debemos recordar traer a colación la doctrina expuesta por este Tribunal en la resolución 49/2017 en punto a la eventual impugnación indirecta de los pliegos con ocasión de recursos contra el acuerdo de adjudicación. Se dijo en aquella ocasión:

«Pues bien, debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación" (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 145.1 del TRLCSP:

"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna".

Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cual era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar.



Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que:

“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora... S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial.

Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que ..., S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación”.

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad



jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación".

Asimismo, como hemos recordado, por ejemplo, en la Resolución 808/2016, la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13) aborda, entre otras cuestiones, el plazo para impugnar las cláusulas contenidas en el pliego cuando los licitadores no pueden comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informa exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión".

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general».

Trasladada dicha doctrina al supuesto analizado, debe concluirse en la pertinente inadmisión de la indirecta impugnación del pliego pretendida por la actora, toda vez que la deficiencia que achaca a su cláusula 6.1 (a saber, que el valor de la inversión no se iba a ponderar en la valoración de la oferta económica) se afirmaba de forma clara y diáfana, comprensible para cualquier licitador, por lo que su discrepancia pudo perfectamente haberse hecho valer mediante el correspondiente recurso contra los pliegos, sin que existan razones, con arreglo a la citada doctrina, para admitir su impugnación sobrevenida con esta ocasión.

En este sentido, cumple también citar la cláusula 2.2, en la que, tras indicar la cláusula 2.1 que «*el presupuesto máximo a tanto alzado del contrato previsto es de ciento veinticinco mil euros #125.000,00€# a los que hay que añadir veintiséis mil doscientos cincuenta euros #26.250,00€# correspondientes al IVA*», se establecía lo que sigue (el subrayado es nuestro):

«2.2. TIPO DE LICITACIÓN, Las empresas licitadoras realizarán una valoración económica de los servicios solicitados en el apartado 10 del presente pliego, y se distribuirán por sectores que intervienen en la publicidad, a través de los soportes o medios de comunicación, el objetivo es evitar el desequilibrio económico, que se produciría entre los diferentes medios, por la significativa diferencia existentes en sus márgenes y tarifas; la Inversión mínima exigida en la contratación, producción y ejecución del plan de medios es de ciento diez mil euros //110.000,00€/ + IVA. Por tanto, las empresas licitadoras realizarán una oferta económica en la que evaluará el precio de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners.

En ningún caso el importe anteriormente determinado como presupuesto máximo de licitación podrá ser superado por las ofertas que se presenten».

Como puede comprobarse, la dicción transcrita hacía patente y explícito, al igual que la cláusula 6.1 y en términos elocuentes para cualquier licitador, que, en rigor, el objeto de la oferta económica era el precio de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners, y que tales serían los únicos elementos sometidos a evaluación.

Cumple, por todo ello, concluir que, habiendo consentido en su momento la actora dicha dicción del pliego, le resulta vetado ahora, por mor del principio de buena fe y de la necesaria seguridad jurídica, su eventual impugnación indirecta, debiendo prevalecer la inatacabilidad de aquél como *lex contractus*.

Séptimo. En cuanto al segundo alegato, es igualmente inatendible. Cumple en este particular hacer referencia, por abordar una situación sustancialmente idéntica, a lo afirmado por este Tribunal en la resolución 693/2015:



«Octavo. Dicho lo anterior, se plantea la cuestión de si es conforme a derecho la sustitución que en la fórmula de determinación de la puntuación para la valoración de las mejoras en razón del Precio de mantenimiento por m², ha hecho el órgano de contratación de 0 €/m² por 0.0001 €.

A este respecto, como razonaba este Tribunal en la Resolución del Recurso 214/2011, que sea correcto actuar de esa manera está supeditado a que se respete con ello el criterio de adjudicación de que la oferta económica más baja se valore con el máximo de puntos y las demás en forma proporcional.

Se lee en dicha Resolución, en efecto, que “En segundo lugar, la recurrente alega en su recurso que se ha producido una incorrecta aplicación de la fórmula matemática de los criterios de adjudicación del Pliego.

Señala RESONANCIA ABIERTA COVADONGA, S.L., que la presentación de una oferta de cero euros provoca la inaplicabilidad de la fórmula matemática que exige el Pliego de Prescripciones Técnicas. Respecto a esta alegación, debemos señalar que, para evitar precisamente una indeterminación matemática, el Órgano de Contratación aplicó el valor de 0,01 euros para valorar la oferta presentada por CENTRO DIAGNÓSTICO ASTURIAS, S.L. otorgando al mejor precio la mayor puntuación. Éste criterio, seguido en el informe técnico de valoración, se considera correcto, ya que respeta los criterios de adjudicación establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Así, en dicho Pliego se establece, respecto a la oferta económica, que se valorará con un máximo de 50 puntos a la oferta más baja de todas las presentadas, y las demás en forma proporcional, y no cabe duda que la aplicación del criterio que se sigue en el informe técnico satisface la finalidad que se persigue a la hora de fijar los criterios de adjudicación, puesto que se otorga la puntuación mayor a la oferta más baja».

Tales consideraciones son plenamente aplicables al supuesto analizado. En efecto, la praxis seguida por el órgano de contratación, asignando un valor “1” a la oferta de la adjudicataria, pese a ser esta en rigor de “0,0” euros, permite, por un lado, que dicha oferta reciba la máxima puntuación posible (como es propio, por ser la más ventajosa económicamente) y, por otro, garantiza la observancia del principio de proporcionalidad,



evitando que todas las restantes ofertas, con independencia de su montante, reciban por igual una puntuación de 0 puntos. Y es que así ocurriría en todo caso si, en la fórmula *«Puntuación = (30 x of. mín.)/of.lic.; donde P es la puntuación obtenida, of.min. es el importe de la oferta mínima, y of.lic. es la oferta correspondiente al licitador que se valora»*, se asignase al factor “of.min” un valor de “0,0”. Como es evidente, en ese caso el dividendo siempre sería “0” (“30x0” es igual a “0”) y su división por la “of.lic” daría también siempre “0”, cualquiera que fuera el valor de “of.lic”. Por el contrario, la atribución de un valor 1 al término “of.min” permite que los restantes licitadores obtengan puntuaciones que, si bien muy reducidas y muy próximas entre sí, guardan directa proporción con su respectiva oferta económica.

Por añadidura cumple indicar que el hecho de que la adjudicataria expresase en su oferta que el *«Precio global de la comisión de agencia y la ejecución del diseño/adaptación de los banners»* era de “0,00 euros, cero euros con cero céntimos (en letra y número) + IVA», no excluye por sí, pese a alguna afirmación en tal sentido de la recurrente, la nota de onerosidad del contrato, toda vez que éste sigue teniendo un precio vinculado a la inversión a realizar en la contratación, ejecución y producción del plan de medios (que, en el caso de la adjudicataria, asciende a 125.000 euros).

Por tanto, incluso si se obviara la concurrencia de la causa de inadmisión ya expresada, debería desestimarse el recurso interpuesto.

En su virtud,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J. S. T., en nombre y representación de AVANTE MARKETING Y MEDIOS S.L., contra la adjudicación del procedimiento de contratación del “*Servicio de elaboración, producción y plan de medios en la campaña de comunicación y promoción de Gijón/Xixón como destino turístico durante el año 2018*”, con expediente Divertia/Comunes Mayor 05/2018, convocado por Divertia Gijón S.A.



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 TRLCSP.

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 Justicia de Asturias 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.