



**Recurso nº 803/2019 CA del Principado de Asturias 53/2019**

**Resolución nº 955/2019**

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

En Madrid, a 14 de agosto de 2019.

**VISTO** el recurso interpuesto por D.M.L.S.M., en representación de IMPACT-5 S.A.U., contra el *“acuerdo de adjudicación”* de la licitación convocada por la Sociedad Pública de Gestión y Promoción Turística y Cultural del Principado de Asturias, S.A.U., Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para contratar la *“Prestación de los servicios de publicidad, planificación estratégica de medios, compra de espacios publicitarios y evaluación de resultados de las campañas de difusión de Asturias como destino turístico”*, en relación con el lote 1, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Sociedad Pública de Gestión y Promoción Turística y Cultural del Principado de Asturias, S.A.U., anunció en el DOUE el día 4 de septiembre de 2018, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 13.606.000,00 euros, y el objeto dividido en lotes.

**Segundo.** La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

**Tercero.** Presentadas por los licitadores sus propuestas, y una vez realizada la apertura de los sobres en las que estas se contienen, previa emisión de los informes técnicos correspondientes, se dicta el 3 de junio de 2019 el acuerdo por el que se adjudica el

contrato de servicios. En la misma resolución se acuerda la exclusión de la oferta presentada por la empresa IMPACT 5, S.A.U., al no ajustar la documentación incluida en el sobre "C", relativo a la documentación a valorar mediante fórmulas, al modelo de oferta establecido en el Anexo II del Pliego de Condiciones Jurídicas que rige para la licitación del Lote nº 1, pues se presenta una oferta en la que se indican unos porcentajes de descuento por cada medio de publicidad, no por cada soporte/medio, cuando en el modelo de oferta del pliego se ha de indicar un único porcentaje de descuento aplicable a todos los soportes de cada tipo de soporte o medio. El acuerdo de adjudicación ha sido notificado por mediante correo electrónico el día 5 de junio de 2019.

Igualmente, en el citado Pliego de Condiciones Jurídicas, se indica en el Anexo II el modelo de proposición económica para el Lote 1. Los licitadores debían indicar los Descuentos mínimos a aplicar sobre las tarifas oficiales de los distintos medios y soportes publicitarios, en porcentaje y con dos cifras decimales, a cuyo efecto debían cumplimentar el siguiente cuadro:

Medio/soporte	% descuento a aplicar
Prensa escrita ámbito autonómico/provincial/regional	
Prensa local/comarcal	
Radio	
Televisión	
Revistas y magazines	
Acciones gigitales except plataformas de redes sociales	
Exterior	

**Cuarto.** El día 26 de junio de 2019 la empresa IMPACT 5, S.A.U., (en adelante la recurrente) procede a la interposición, por medio del Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, del recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Quinto.** Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo, así como el correspondiente informe emitido por el órgano de contratación sobre los trámites seguidos en el expediente de contratación. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso

a los licitadores, a los efectos de formular las alegaciones que a su derecho convenga, no habiéndose evacuado el trámite por ninguna de las empresas interesadas.

**Sexto.** Mediante resolución de 15 de julio de 2017 dictada por la Secretaria General del Tribunal por delegación de este, se ha acordado mantener la suspensión de la ejecución del acuerdo de adjudicación, que se hallaba suspendida de manera provisional y automática, al amparo del artículo 53 LCSP; suspensión que se levantará en la resolución del presente recurso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) y el Convenio celebrado con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de octubre de 2013.

**Segundo.** Se recurren el acuerdo de adjudicación un contrato de servicios, regulado en el artículo 17 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los 100.000,00 euros, por lo que el contrato y el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2.c) de la LCSP.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

**Tercero.** La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala 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.*

*Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales*

*respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.”.*

**Cuarto.** La recurrente impugna el acuerdo de adjudicación con motivo de la exclusión de su oferta presentada para la licitación del Lote nº 1 del contrato. Indica que el modelo de proposición a incluir en el sobre “C” no indicaba los descuentos a aplicar según los distintos soportes de cada medio (prensa, radio...), y la empresa no utilizó la plantilla/modelo establecida en el Pliego, pero su proposición detallaba mucho más de lo solicitado y bajo la leyenda de “total” se explicitaba la media aritmética del descuento ofertado, siendo este el único porcentaje de descuento aplicable a los soportes de cada medio. Como única excepción se señala que no se ha identificado el total del descuento a aplicar a la prensa de ámbito autonómico, pero que hallar la media no exige una operación de especial complejidad dado que se trata de una única cifra.

Manifiesta por ello el recurrente que la exclusión no se ajusta a las Resoluciones del TACRC dictadas con los números 278/2012, 70/2014 y 59/2015, en las que se indica que el error en la cantidad, o el cambio u omisión de algunas palabras, con tal de que no alteren el sentido de la oferta, no es causa bastante para su rechazo, de acuerdo con la línea antiformalista acuñada por el Tribunal Supremo (sentencia de 21 de septiembre de 2004).

**Quinto.** Por su parte, el órgano de contratación defiende en el informe remitido la legalidad del acuerdo de adjudicación, señalando que, al consignar el recurrente los descuentos a aplicar a cada medio de publicidad concreto, su oferta no se ajusta a los modelos establecidos en cada uno de los pliegos, que exigen un descuento por cada soporte/medio. No se trata de un error de cuenta, pues varía sustancialmente el modelo establecido alterando su sentido, es un error manifiesto y adolece de inconsistencia que lo hace inviable. Se trata de un error de contenido, de concepto y de esencia de la oferta que obliga al órgano de contratación a hacer un ejercicio de contratación al no poder deducir directamente de la proposición el valor exacto de la oferta. Por ello la exclusión es ajustada a Derecho, y no es aplicable la doctrina del TACRC que indica el recurrente en su recurso.

Especifica que:

*“tal y como se puede observar la proposición prevé que los descuentos a ofertar por los licitadores sean únicos para cada tipo de medio/soporte y no individualmente por cada medio de publicidad, entendiendo como tal, el definido en el artículo 8 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad que indica que "Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten".*

*En este sentido, el recurrente modifica el modelo de proposición consignado en los pliegos incluyendo los porcentajes de descuento mínimo sobre la tarifa oficial que oferta por cada medio de publicidad concreto, por lo que su oferta no se ajusta a lo requerido en los pliegos, un porcentaje de descuento único a aplicar sobre los tipos de medio/soporte que se indican en el mismo (prensa, radio, televisión, etc.) sin tener en cuenta las distintas personas naturales o jurídicas titulares de los distintos medios o soportes.*

*Es evidente que el recurrente modifica la proposición por lo que deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 139 de la LCSP "las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como ..."*

*(...)*

*... en el caso que nos ocupa la proposición presentada por el recurrente presenta las siguientes características:*

- Varía sustancialmente el modelo establecido alterando su sentido.*
- Comporta un error manifiesto en el importe de la proposición*
- Adolece de inconsistencia lo que la hace inviable.”*

**Sexto.** El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente en la Resolución 488/2019, de 9 de mayo, sobre las posibles cuestiones que puedan surgir en relación con las ofertas económicas que presentan los licitadores, y en particular, si deben interpretar o no los órganos de contratación la oferta económica. En la citada resolución traíamos a colación la doctrina de este Tribunal (entre otras, las Resoluciones 164/2015 y 64/2012) que se remite, a su vez, a la doctrina emanada por el Tribunal de Primera Instancia, que ha calificado como *“contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es completa y las permite o exige y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los demás concurrentes en el procedimiento. Quedan así claras las pautas de actuación en estos casos: los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada.”*

Del mismo modo, en nuestra Resolución nº 137/2017 indicábamos, con cita de la Resolución 164/2011, que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero que *“no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Por tanto, respetando los límites tantas veces señalados por este Tribunal, en el sentido de que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, y ello con el fin de no propiciar un trato de favor al interesado en detrimento de los demás licitadores, el órgano de contratación no podía, en este caso, haber solicitado aclaración al licitador si lo estimaba necesario para proceder a valorar su oferta de acuerdo con las previsiones del PCAP, habida cuenta de la variación sustancial de la proposición presentada frente a lo exigido y determinado en el modelo de oferta al Lote 1.

Esta doctrina trata de garantizar el respeto al principio de igualdad, pero también al de concurrencia, que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, *“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.”* En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompaña.

Tomando en consideración la doctrina anterior, y examinando el escrito presentado por la empresa recurrente en su propuesta, se observa que dicho escrito no se ajusta al modelo que se exige y se contiene en el Anexo II del Pliego. La respuesta ha de ser negativa, empezado porque la propia recurrente reconoce que no se ha ajustado al modelo, es más, hemos de afirmar, que se ha apartado totalmente de él. La recurrente ha ofertado una

rebaja por cada medio de publicidad, es decir, por cada persona física o jurídica concreta que oferta que se dedica a la difusión de la publicidad a través de los soportes /medios de comunicación social cuya titularidad ostentan.

En fin, compartimos la argumentación expuesta por el órgano de contratación en su informe sobre que:

*“La oferta presentada por el recurrente es inconsistente por cuanto oferta porcentajes de descuento por conceptos no previstos en los pliegos lo que la hace inviable”.*

Así como que:

*“... parece claro que no estamos ante un error de cuenta o aritmético (como se señala en la resolución del TACRC nº 101112016, de 10 de diciembre, el error es calificable de aritmético cuando se trata de una equivocación elemental en una operación matemática, que es patente y clara, sin necesidad de acudir para apreciarla a una interpretación compleja de las normas jurídicas aplicables), sino de un error de contenido, de concepto y de esencia de la oferta que obliga a hacer un ejercicio de interpretación de esta que no le corresponde a la mesa de contratación al no poder deducir directamente de la proposición el valor exacto de la oferta. Cabría preguntarse si en el supuesto de resultar adjudicatario el recurrente ante una inserción publicitaria en La Nueva España cual es el porcentaje que se aplicaría, el 25% o el 46,94%.”.*

Efectivamente, la recurrente oferta respecto de cada soporte o medio de comunicación social (prensa escrita autonómica, prensa escrita local, emisoras de radio, etc.), no un porcentaje de baja único para cada tipo material de soporte o medio de comunicación social, sino que dentro de cada uno de ellos, oferta un porcentaje de baja por cada medio de publicidad, es decir, la persona titular de cada tipo de medio o soporte de comunicación social, sea prensa autonómica, prensa local, emisoras de radio, etc... De esa forma se obtienen distintos porcentajes de baja. Pero además, la recurrente señala luego la media de las bajas efectuadas por las distintas medios de publicidad titular de los soporte o medios de comunicación, de forma que no puede saberse, en cada caso,

qué porcentaje se aplicará, si el singular de cada medio de publicidad o la media obtenida para cada una de los medios titulares de los soportes.

La oferta de la recurrente infringe, por tanto, el artículo 139 de la LCSP y el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que la exclusión era obligada.

Además, la recurrente incurre, por otra parte, en un error sustancial, no meramente de hecho o aritmético, lo que excluye cualquier petición aclaración, ya que, en su caso, la aclaración solo supondría concretar una oferta sobre algo que por sí mismo no es un error evidente, material, de cuenta o de hecho que no requiera explicación alguna.

Por tanto, el motivo no puede prosperar.

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.M.L.S.M., en representación de IMPACT-5 S.A.U., contra el *“acuerdo de adjudicación”* de la licitación convocada por la Sociedad Pública de Gestión y Promoción Turística y Cultural del Principado de Asturias, S.A.U., Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para contratar la *“Prestación de los servicios de publicidad, planificación estratégica de medios, compra de espacios publicitarios y evaluación de resultados de las campañas de difusión de Asturias como destino turístico”*, en relación con el lote 1.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida en virtud del artículo 58.3 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 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 Justicia de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, 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.